Der Einfluß des römischen Rechts auf das Publizitätsprinzip des vertraglich bestellten Fahrnispfandrechts in den Partikularrechten von 1400 bis 1900

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Christa Hirsch

aus Halle (Saale)

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1937

Diss. Halle 1937.

Der Einfluß des römischen Rechts auf das Publizitätsprinzip des vertraglich bestellten Fahrnispfandrechts in den Partikularrechten von 1400 bis 1900

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Christa Hirsch

aus Halle (Saale)

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1937

* 41946.

Berichterstatter: Professor Dr. jur. Rudolf Schmidt.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Den Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548123_0068

Inhaltsübersicht.

Seite:

§ 1: Einleitung. . . . . .

Kapitel 1.

Das Pfandrecht des deutschen mittelalterlichen Rechts und das des Corpus Iuris Civilis.

Erster Teil:

Das Pfandrecht des deutschen mittelalterlichen Rechts.

§ 2: Die Pfandbestellung. 3
I. Die ältere Satzung. 3
II. Die Bedeutung der Gewere für das Pfandrecht, insbesondere die Publizitätstheorie von Huber und Gierke. 6
III. Die jüngere Satzung. 8
1. Hat es im deutschen Recht eine Hypothek an Fahrnis gegeben? 8
2. Abgrenzung der jüngeren Satzung und der römischrechtlichen Hypothek. . . . 11

§ 3: Das Ende des Pfandrechts. 11
I. Die Aufgabe der Gewere ohne Verabredung eines Besitzmittlungsverhältnisses. . . . 12
II. Geht das Pfandrecht unter, wenn zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner ein Besitzmittlungsverhältnis verabredet wird? . 12

Zweiter Teil:

Das Pfandrecht des römischen Rechts.

§ 4: Die Pfandbestellung. 15

§ 5: Das Ende des Pfandrechts: Der freiwillige Besitzverlust. 17

Kapitel 2.

Der Einfluß des römischen Rechts auf das Pfandrecht in den Partikularrechten nach 1400.

Erster Teil:

Die Untersuchung.

Abschnitt I:

Die Gesetze ohne römisches Rechtsgut.

§ 6: Die Pfandbestellung. 19

Seite:

I. Nach älterer Satzung. 19
II. Das Verbot der Verpfändung durch Constitutum Possessorium. 27
III. Die jüngere Satzung. 28
§ 7: Das Ende des Pfandrechts. 31
I. Der freiwillige Besitzverlust. 31
II. Der unfreiwillige Besitzverlust. 32

Abschnitt II:

Die Gesetze mit römischem Rechtsgut.

§ 8: Die Pfandbestellung. 33
I. Die römische Pfandbestellung. 33
II. Die deutschrechtliche Pfandbestellung. . . 45
1. Die ältere Satzung. 45
2. Die symbolische Verpfändung. . . . 46
§ 9: Das Ende des Pfandrechts: Der freiwillige Besitzverlust. 47

Zweiter Teil:

Das Ergebnis der Untersuchung.

§ 10: Der Einfluß des römischen Rechts auf die Publizität des Pfandrechts in den einzelnen Partikularrechten. 50
I. Die Gesetze mit deutscher Pfandbestellung. . 50
II. Die Gesetze, die die Hypothek aufgenommen haben. 51
1. Die Beschränkung der dinglichen Wirkung der Hypothek. 51
2. Der Vorrang des Faustpfands auch vor der älteren Hypothek. 52
§ 11: Die zeitliche und räumliche Verbreitung des römischen Einflusses. 53
I. Die zeitliche Verbreitung. 53
II. Die räumliche Verbreitung. 54
III. Ergebnis. 55

Anhang: 4 Karten.

Verzeichnis der benutzten Quellen und des Schrifttums

a) Quellen.

Lex Alamannorum:	Eckhardt: Die Gesetze des Karolinger Reiches, Bd. II, Alemannen und Bayern. Weimar 1934.
Anhalt 1870:	Gesetzessammlung für das Herzogtum Anhalt, Bd. V, 1870. Dessau 1872. Gesetz das Pfandrecht an beweglichen Sachen, Wertpapieren auf den Inhaber und Forderungen betreffend vom 16. April 1870.
Augsburg 1718:	J. v. Huber: Abriß des Augsburgischen Statutarrechts. Augsburg 1821.
Augsburg 1778:	J. v. Huber: Abriß des Augsburgischen Statutarrechts. Augsburg 1821. Wechselordnung der Stadt Augsburg von 1778.
Baden vor 1710:	Landrecht der Markgraffenschaften Baaden und Hachberg. Durlach 1710.
Basel 1719:	Statutar- und Gerichtsordnung der Stadt Basel, zusammengetragen 1719. Basel 1849.
Bayern 1346:	Das Bayrischlandszrechtspuch von 1346. Augsburg 1495.
Bayern 1518:	Reformation des bayrischn Landrecht nach Christi vnsers Hailmachers gebürde ime 1518 Jar aufgericht (o.O.u.J.).
Bayern 1657:	Landrecht der Churfürst-Drl. in Bayrn rc Fürstentumbs der Obern Pfaltz. München 1657.
Bayern 1756:	Das bayrische Landrecht für den Bürger und Landmann 1756. München 1857.
Bayern 1822:	Das Hypothekenwesen im Königreich Bayern diesseits des Rheines von 1822. München 1862.
Billwärder 1498:	Lappenberg: Hamburgische Rechtsaltertümer, die ältesten Stadt-, Schiff- und Landrechte Hamburgs. Hamburg 1845.
Böhmen 1565:	Sturba: Beheimische Landordnung 1565 auffgerichtet. Frankfurt am Main 1604.
Bozen 1648—1767:	Statuti e privilegi per le Libere Fiere della Città di Bolzano 1648—1767. Vienna 1793.

Braunschweig 1878: Gesetzes- und Verordnungssammlung für die Herzoglich-Braunschweigischen Lande. 65. Jahrgang 1878. Braunschweig 1814—1881. Gesetz die Verpfändung von beweglichen Sachen und Forderungen betreffend.

Bremen 1303: Oehlrichs: Alte und neue Gesetzbücher der freien Stadt Bremen. Bremen 1771.

Bremen 1848: Sammlung der Verordnungen und Proclame des Senats der freien Hansestadt Bremen im Jahre 1848. Bremen o.J. Verordnungen in betreff der Bestellung eines Pfandrechts an beweglichen Gegenständen.

Breslau 1588: Der Kayserlichen und Königlichen Stadt Bresslav, Statuta und Ordnungen 1588. Breslau 1610.

Brixen 1380: Mutschlechner: Alte Brixener Stadtrechte, in: Schlernschriften, Bd. 26, Innsbruck 1935. Stadtrecht von 1380.

Bubikon 1483: Grimm: Weisthümer, I. Teil, Göttingen 1840. Hausbrief des Johanniterhauses Bubikon von 1483.

Code civil 1803: Erhard: Napoleons I. Bürgerliches Gesetzbuch. Dessau-Leipzig 1808.

Codex Iustinianus: Corpus Iuris Civilis, Codex Iustinianus recognovit P. Krüger. Berlin 1905.

Danzig 15. Jahrh.: Toeppen: Das Danziger Schöffenbuch des 15. Jahrhunderts. Marienwerder 1878.

Danzig 1793: Lemann: Das Statutarrecht der Stadt Danzig. Leipzig 1823.

Deutschenspiegel: Ficker: Der Spiegel deutscher Leute. Innsbrucker Handschrift. Innsbruck 1859.

Digesten: Corpus Iuris Civilis, Digesta recognovit. Th. Mommsen. Berlin 1905.

Dortmund Anfang des 14. Jahrhunderts: Frensdorff: Dortmunder Statuten und Urteile. Halle (Saale) 1882.

Eisenach 15. Jahrh.: Ortloff: Das Rechtsbuch nach Distinktionen nebst einem Eisenachischen Rechtsbuch. Jena 1836.

Frankfurt 1509: Beyerle-Kunkel-Thieme: Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands. Weimar 1936. Reformation der Stat Franckenfort am meine des heilgē Romischē Richs Camer Aº 1509.

Frankfurt 1578: Der Stadt Frankfurt am Main Reformation, wie die in Anno 1578 aussgegangen und publiziert. Frankfurt 1611.

Freiburg 1520:	Nüwe Stattrechten vnd Statuten der lobelichen Stadt Fryburg im Pryszgow gelegen, von 1520 (o.O.u.J.).
Freiburg 1520:	Beyerle-Kunkel-Thieme: Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands. Weimar 1936.
Goslar 1275:	Göschen: Goslarische Statuten. Berlin 1840.
Gothland 14. Jahrh.:	Schildener: Gutha-Lag; das ist der Insel Gothland altes Rechtsbuch. Greifswald 1818.
Hamburg 1270:	Lappenberg: Hamburgische Rechtsaltertümer, die ältesten Stadt-, Schiff- und Landrechte Hamburgs. Hamburg 1845.
Hamburg 1292:	Lappenberg: Hamburgische Rechtsaltertümer, die ältesten Stadt-, Schiff- und Landrechte Hamburgs. Hamburg 1845.
Hamburg 1497:	Lappenberg: Hamburgische Rechtsaltertümer, die ältesten Stadt-, Schiff- und Landrechte Hamburgs. Hamburg 1845. Stadtrecht von 1497.
Hamburg 1603:	Der Stadt Hamburg Gerichtsordnung und Statuta von 1603. Hamburg o.J.
Hannover 1864:	Sammlung der Gesetze, Verordnungen und Ausschreibungen für das Königreich Hannover. Hannover 1864. Gesetz das Pfandrecht und die Befriedigung der Gläubiger im Koncurse betreffend vom 14. Dezember 1864.
Hessen 1855:	Klauhold: Kurhessisches Rechtsbuch. Kassel 1855.
Hessen 1873:	Holzapfel, Das gemeine Pfandrecht an beweglichen Sachen im Bezirk des ehemaligen Appelationsgerichts zu Kassel, Marburg 1885.
Katzenellenbogen 1616:	v. d. Nahmer: Handbuch des rheinischen Partikularrechts. Bd. I, S. 115 ff. Frankfurt am Main 1831. Nassau-Catzenelnbogische Land-Ordnung 1616. Wetzlar 1711.
Koburg 1381:	Rechts-Statuta der Stadt Coburg von 1381, handschriftlich geschrieben von Güntzel (o.O.u.J.).
Koburg 1870:	Gesetz-Sammlung für das Herzogtum Coburg, Jahrgang 1870. Koburg 1871. Gesetz über das Pfandrecht an Mobilien vom 17. Juni 1870.

Koburg-Gotha 1670: Gerichts- und Proceß-Ordnung des Durchläuchtigsten Fürsten und Herrn, Herrn Ernsts Hertzog zu Sachsen usw., Landgrafens in Thüringen usw., publiciret den 28. Martii 1670. Gotha 1704.

Krzemienica 1451—1482: Doubeck-Schmidt: Das Schöffenbuch der Dorfgemeinde Krzemienica aus den Jahren 1451—1482. Leipzig 1931.

Kulm 1251: Lemann: Das alte Kulmische Recht. Berlin 1838.

Leipzig 15. Jahrh.: Kisch: Leipziger Schöffenspruchsammlung im 15. Jahrhundert. Leipzig 1919.

Lübeck 1253: Hach: Das alte Lübische Recht. Bd. III, S. 377 ff. Lübeck 1839.

Lübeck 1294: Hach: Das alte Lübische Recht. Bd. II, S. 229 ff. Lübeck 1839.

Lübeck 1586: Lübeck Statuta und Stadt-Recht, sambt angehängter Schiffs-, Ober- und Niedergerichtsordnung. Lübeck 1680.

Lübeck 1820: Sammlung der Lübeckischen Verordnungen und Bekanntmachungen von 1818—1881. Bd. III. Lübeck 1823. Hypothekenordnung für das Stadtgebiet 1820.

Lüneburg 1722: Das Lüneburgische Stadtrecht, so in sich begreifft der Stadt Lüneburg, reformirte Statuta von 1722. Lüneburg 1722.

Magdeburg 1625: Der Vhralten Löblichen Stadt Magdeburgh Willkühr von 1625. Magdeburg 1663.

Magdeburg nach 1837: Revidirter Entwurf des Provinzialrechts des Herzogthums Magdeburg und der Grafschaft Mansfeld altpreußischen Anteils. Berlin 1841.

Mühlhausen 13. Jahrh.: H. Meyer: Das Mühlhäuser Reichsrechtsbuch. Weimar 1934.

Mülheim 1475: Grimm: Weisthümer. I. Teil. Göttingen 1840. Öffnung zu Mülheim 1475.

Mainz 1643: v. d. Nahmer: Handbuch der rheinischen Partikularrechte. Bd. II, S. 683 ff. Frankfurt am Main 1831. Landrecht und Ordnung für sämtliche Chur-Mayntzische Landen. Mainz 1755.

Nassau 1851: Verordnungsblatt des Herzogtums Nassau von 1851. Wiesbaden 1851. Gesetz das Pfandrecht und die Rangordnung der Gläubiger im Concurse betreffend.

Niederösterreich 1651—1655: Niederösterreichische Landesordnung von 1651—1655 (o.O.u.J.).

Nürnberg 1479: Beyerle-Kunkel-Thieme: Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands. Weimar 1936. Nürnberger Reformation von 1479.

Nürnberg 1522: Reformation der Stadt Nürnberg. Cum Gratia et Privilegio 1522 (o.O.u.J.).

Nordhausen 13. Jahrh.: Nordhäuser Schultheissenbuch aus dem 13. Jahrhundert, zum Teil abgedruckt bei H. Meyer: Neure Satzung von Fahrnis und Schiffen. Jena 1903.

Oberwinterthur 1472: Grimm: Weisthümer, I. Teil. Göttingen 1840. Öffnung von Oberwinterthur 1472.

Österreich 1811: Das allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch. Prag 1884.

Oldenburg 1814: Sammlung der im Herzogtum Oldenburg geltenden Gesetze und Verordnungen, 1813—1852. Hypothekenordnung vom 11. Oktober 1814.

Oldenburg 1876: Gesetzblatt für das Herzogtum Oldenburg, 1845—1881 (Oldenburg 1849—1881). Gesetz betreffend die Verpfändung von Schiffen, anderen beweglichen Sachen und Forderungen vom 3. April 1876.

Ostfriesland 1746: Ostfriesisches Landrecht nebst dem Deich- und Sylrecht. Aurich o.J.

Pfalz 1582: v. d. Nahmer: Handbuch der rheinischen Partikularrechte. Bd. I. S. 401 ff. Frankfurt am Main 1831. Churfürstlicher Pfalz bei Rhein erneutes Land-Recht.

Pfeffers 1523: Grimm: Weisthümer, VI. Teil. Göttingen 1840. Zuchtbuch und Mannszucht-Rodel von Pfeffers 1523 und später.

Prag 14. Jahrh.: Rössler: Das Altprager Stadtrecht aus dem 14. Jahrhundert. Prag 1845.

Preußen 1794: Das allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten. Berlin 1796 und 1817.

Riga 13. u. 14. Jahrh.: Bunge: Die Stadt Riga im 13. und 14. Jahrhundert. Leipzig 1878.

Rechtsbuch nach Distinktionen: Ortloff: Das Rechtsbuch nach Distinktionen nebst einem Eisenachischen Rechtsbuch. Jena 1836.

Rostock 1757: Rostockisches Stadtrecht, publiciret im Jahre 1757. Rostock o.J.

Rügen 1531: Frommhold: Das Rügische Landrecht. Stettin 1896.

Rudolstadt 1856:	Gesetzessammlung für das Fürstentum Schwarzburg-Rudolstadt 1840—1881. Rudolstadt 1857. Gesetz die Verbesserung des Hypothekenwesens betreffend vom 6. Juni 1856.
Sachsen 1863:	Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. Leipzig 1883.
Sachsenspiegel:	Homeyer: Des Sachsenspiegels erster Teil oder das Sächsische Landrecht nach der Berliner Handschrift. Berlin 1861.
Schwabenspiegel:	v. Laßberg: Der Schwabenspiegel, nach einer Handschrift von 1287, Tübingen 1840.
Schaffhausen 1864:	Gesetzbuch für den Kanton Schaffhausen. Schaffhausen 1865.
Schweiz 1881:	Entwurf des Schweizer Bundesgesetzes über das Obligationenrecht. Bern 1881.
Schweiz 1883:	Bundesgesetz über das Obligationenrecht. Bern 1882.
Schweiz 1907:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907. Bern 1908.
Solms 1571:	v. d. Nahmer: Handbuch der rheinischen Partikularrechte. Bd. I, S. 1 ff. Frankfurt am Main 1831. Deren Graueschaften Solms und herrschaften Mintzenberg Gerichts-Ordenung und Land-Recht. 1571.
Stralsund 1670:	Der Stadt Stralsund revidirte Gerichtsordnung vom 7. Oktober 1670. Stralsund 1720.
Tirol 1532:	New-Reformirte Landts-Ordnung, der fürstlichen Grafschaft Tyrol von 1532 (o.O.u.J.).
Tirol 1603:	New-Reformirte Landts-Ordnung der fürstlichen Graffschaft Tyrol von 1603. Innsbruck o.J.
Trier 1731:	v. d. Nahmer: Handbuch des rheinischen Partikularrechts. Frankfurt am Main 1831. Land-Recht des Ertz-Stiffts Trier, aufgerichtet im Jahre 1731. Trier 1772.
Überlingen 1520:	Geier: Überlinger Stadtrechte; aus Oberrheinische Stadtrechte, herausgegeben von der Badischen Historischen Kommission, 2. Abteilung: Schwäbische Rechte, zweites Heft: Überlingen. Heidelberg 1908. Stadtrecht von 1520.
Weimar-Eisenach 1839:	Gockel: Sammlung Weimar-Eisenachischer Gesetze, Verordnungen und Circularbefehle, Bd. VII, 1837—1839. Eisenach 1840. Gesetz über das Recht an Faustpfändern vom 6. Mai 1839.

Wien 1719: Wegelin: Österreichisches Wechselrecht oder Wiener Wechselordnung. Lindau 1729.
Worms 1498: Beyerle-Kunkel-Thieme: Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands. Weimar 1936. Der Statt Wormbs Reformation.
Württemberg 1610: Riecke: Das Württembergische Landrecht von 1610. Stuttgart 1842.
Württemberg 1825: Das Pfand-, Prioritäts- und Executionsgesetz im Königreich Württemberg. Stuttgart 1825.
Zürich 1851: Erster Entwurf des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich von Bluntschli. Zürich 1851.

b) Schrifttum:

Albrecht: Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsberg 1828.
v. Amira: Grundriß des germanischen Rechts. Straßburg 1913.
derselbe: Nordgermanisches Obligationenrecht. Leipzig 1882.
Arndts: Lehrbuch der Pandekten. München 1868.
Baron: Pandekten. Leipzig 1896.
Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts. 3. Auflage. Berlin 1873.
v. Bethmann-Hollweg: Das zwanzigste Buch der Pandekten als Beispiel klassischer Iurisprudenz. Bonn 1877.
Beyerle: Der Ursprung der Bürgschaft. Savigny-Zeitschrift, Bd. 47, Germanistische Abteilung, S. 567 ff. (1927).
Biermann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Sachenrecht. Berlin 1914.
Bluntschli: Deutsches Privatrecht. München 1864.
Bourdeaux: Code civil, annoté d' après la Doctrine et la Iurisprudence. Paris 1934.
Bremer: Das Pfandrecht und die Pfandobjekte. Leipzig 1867.
Bruns: Das heutige römische Recht, in: Holtzendorff, Encyclopädie der Rechtswissenschaft. Leipzig 1873.
Büchel: Zivilrechtliche Erörterungen. Marburg-Leipzig 1847.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Jena 1927.

Crome: Grundzüge des römischen Privatrechts. Bonn 1920.

Duncker: Über dominium directum und utile, in: Zeitschrift für das deutsche Recht und deutsche Rechtswissenschaft, Bd. II, S. 178 ff. Leipzig 1832.

Egger: Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht, in: Untersuchung zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Heft 69. Breslau 1903.

Eichhorn: Einleitung in das deutsche Privatrecht. Göttingen 1854.

Eisenhart: Deutsches Recht in Sprichwörtern. Helmstedt 1759, herausgegeben von Waldmann. Berlin 1935.

Endemann: Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1884.

Exner: Das Publizitätsprinzip. Wien 1870.

Frankenberg: Rechts-Sprüche. Leipzig-Celle 1715.

Gaupp: Kritische Untersuchungen über die Gewere des deutschen Rechts, in: Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, Bd. I. Leipzig 1839.

Gengler: Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen. Erlangen 1876.

Gierke: Deutsches Privatrecht: Sachenrecht. Leipzig 1905.

derselbe: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, 4. Heft. Jena 1897.

Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, ein Kommentar. Erlangen 1816.

Göschen: Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht, herausgegeben von Erxleben. Göttingen 1839.

Grimm: Deutsche Rechtsaltertümer. 4. Ausgabe. Leipzig 1922.

Halzetine: Die Geschichte des englischen Pfandrechts, in: Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Heft 92. Breslau 1907.

Hedemann: Fortschritt des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. Berlin 1935.

Heusler: Die Gewere. Weimar 1872.

derselbe: Institutionen des deutschen Privatrechts. Leipzig 1886.

Hirsch:	Sachsenspiegel. Berlin-Leipzig 1936.
Holzapfel:	Das gemeine Pfandrecht an beweglichen Sachen im Bezirk des ehemaligen Appellationsgerichts zu Kassel. Marburg 1885.
Huber, E.:	Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. Bern 1894.
derselbe:	System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts. Basel 1886.
Hübner:	Grundzüge des deutschen Privatrechts. 5. Auflage. Leipzig 1930.
Hugo:	Lehrbuch eines zivilistischen Kursus. Berlin 1819.
v. Ihering:	Der Besitzwille. Jena 1889.
Kapras:	Das Pfandrecht im böhmisch-mährischen Stadt- und Bergrecht, in: Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte. Heft 83, Breslau 1906.
Keim:	Das sogenannte Publizitätsprinzip im deutschen Handelsrecht, in: Beiträge zum Handelsrecht, Bd. 31, Leipzig 1930.
v. Keller:	Pandektenvorlesungen. Leipzig 1866.
Koch:	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten mit Kommentar und Anmerkungen. Berlin 1862.
Kohler:	Pfandrechtliche Forschungen, Jena 1882.
Kötzschke:	Geschichte des Obersächsischen-Thüringischen Raumes; in: Kulturräume und Kulturströmungen im Mittelalter von Ebert, Frings, Gleißner, Kötzschke, Stratberg, S. 15 ff. Halle a. S. 1936.
Kruse:	Das Eigentumsrecht, aus dem Dänischen übersetzt von Knud Larsen, Bd. III. Berlin-Leipzig 1936.
v. Künßberg:	Rechtssprachgeographie. Heidelberg 1926.
Leemann:	Schweizer Zivilgesetzbuch: Sachenrecht. Berlin 1925.
v. Meibom:	Das deutsche Pfandrecht. 1867.
Meyer H.:	Entwehrung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht. Jena 1902.
derselbe:	Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen. Jena 1903.
derselbe:	Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht, in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Nr. 18, Bd. II, München 1909.
Mühlenbruch:	Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Greifswald 1836.
Mühlenbruch:	Lehrbuch des Pandektenrechts. Halle-Saale 1838.

Naendrup:	Begriff des Rechtsscheins. Rechtsscheinsforschung, Heft 1, Münster 1910.
derselbe:	Die Geweretheorien, in: Rechtsscheinforschungen. Heft 2. Münster 1910.
Otto-Schilling:	Das Corpus Iuris Civilis, ins Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter. Leipzig 1831.
Planck:	Das deutsche Gerichtsverfahren des Mittelalters. Braunschweig 1879.
Planitz:	Das deutsche Grundpfandrecht, in: Forschungen zum deutschen Recht, Bd. I. Heft 4. Weimar 1936.
derselbe:	Die Vermögensvollstreckung im mittelalterlichen Recht. Bd. I: Pfändung. Leipzig 1912.
Puchta:	Pandekten. Leipzig 1853.
derselbe:	System und Geschichte des römischen Privatrechts. Leipzig 1881.
Puetzfeld:	Deutsche Rechtssymbolik. Berlin 1936.
Roth:	System des deutschen Privatrechts. Tübingen 1886.
Sachsse:	Sachsenspiegel oder Sächsisches Landrecht. Heidelberg 1848.
v. Savigny:	Das Recht des Besitzes. Wien 1865.
Schröder-v. Künßberg:	Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Berlin-Leipzig 1932.
Schmidt, R.:	Der Pfandbesitz, in: Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. XIV, 1911.
Schultze, A.:	Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrecht, in: Iherings Jahrbücher, Bd. 49, S. 159 ff. 1905.
v. Schwerin:	Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. München-Leipzig 1934.
v. Schwind:	Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Jena 1899.
Sintenis:	Beiträge zu der Lehre vom juristischen Besitz überhaupt und dem Pfandbesitz im besonderen, in: Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, Bd. VII, Gießen 1843.
derselbe:	Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle (Saale) 1836.
Sohm:	Über Natur und Geschichte der modernen Hypothek, in: Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht, Bd. V.
derselbe:	Die Lehre vom Subpignus. Rostock 1864.
derselbe:	Geschichte und System des römischen Privatrechts. München-Leipzig 1920, 1928.

Stintzing:	Ulrich Zasius. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation. Basel 1857.
Stobbe:	Übertragung der Forderungsrechte und Inhaberpapiere, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. XI. Erlangen 1868.
derselbe:	Geschichte der deutschen Rechtsquellen. Braunschweig 1860.
Stobbe-Lehmann:	Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Auflage. Berlin 1897.
Stölzel:	Die Entwicklung der gelehrten Rechtsprechung. Berlin 1910.
Thibaut:	Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland. Heidelberg 1840.
v. Vangerow:	Leitfaden für Pandektenvorlesungen. Marburg-Leipzig 1843.
Vering:	Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts. Mainz 1887.
v. Wächter:	Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrecht. Stuttgart 1845.
derselbe:	Pandekten. Leipzig 1881.
Weigand:	Deutsches Wörterbuch. Gießen 1909.
Weiske:	Bemerkungen über das Brünner Schöffenbuch, in: Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. XIV. Tübingen 1853.
derselbe:	Der Sachsenspiegel. 10. Auflage. Leipzig 1929.
Weiss, E.:	Pfandrechtliche Untersuchungen. Weimar 1910.
Wellspacher:	Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht. Wien 1906.
derselbe:	Publizitätsgedanke und Fahrnisklage im Usus modernus, in: Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht. Bd. 31, 1904.
Wendt:	Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.
Windscheid-Kipp:	Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt 1906.
Würdinger:	Geschichte der Stellvertretung in England. Marburg 1933.
v. Zirkler:	Eigentum im: Rechtslexikon für Juristen aller Teutschen Staaten. Leipzig 1843.

Entscheidungen des Obertribunals: 70, 194/95.

§ 1: Einleitung: Das Publizitätsprinzip.

Durch die Publizität eines Rechtes soll erreicht werden, daß ein Rechtsverhältnis bzw. die Rechtslage eines Gegenstandes jedem Dritten ersichtlich wird. Das dingliche Recht hat nur gegen den Geltung, der die Möglichkeit hat, sich von dem Recht Kenntnis zu verschaffen[1]. Das soll durch die Publizität erreicht werden. E. Weiß[2] sagt, das Publizitätsprinzip sei naturrechtlichen Ursprungs, die tatsächliche Regelung ist aber viel älter. Das Publizitätsprinzip verlangt, daß allen Volksgenossen[3], andere sagen, jedem Dritten[4], das dingliche Recht kenntlich gemacht werden muß. Letzterer Ansicht möchte ich mich anschließen. Es genügt nicht, daß nur jeder Volksgenosse das dingliche Recht erkennen kann, denn Rechtsgeschäfte werden auch mit Angehörigen anderer Nationen abgeschlossen. — Im mittelalterlichen deutschen Recht mußte jedes Herrschaftsrecht an einer Sache „um voll wirksam zu werden, in offensichtliche Erscheinung treten"[5]. Die Publizität war also die Voraussetzung für die Dinglichkeit eines Rechtes: Dinglichkeit eines Rechtes heißt, daß das Recht gegen jeden Dritten Wirkung hat; da aber ein Dritter im deutschen Recht nur das gegen sich gelten lassen muß, was ihm mit Hilfe der Offenkundigkeit des Rechts bekannt ist[6], ist die Publizität notwendige Voraussetzung für die dingliche Wirkung des Rechts. Sie muß das Recht jedem Dritten kenntlich machen, denn jeder Dritte mußte das dingliche Recht gegen sich gelten lassen. So bezweckt auch im mittelalterlichen deutschen Recht das Publizitätsprinzip, daß das Recht erkennbar ist[7]. Ein Dritter soll sich nicht nur auf das Wort dessen verlassen müssen, mit dem er beabsichtigt, ein Rechtsgeschäft abzuschließen, sondern er soll aus eigener Anschauung erkennen, ob und in welchem Umfange dingliche Rechte an einem Gegenstand bestehen.

---

1 Gierke, S. 190.
2 E. Weiß, S. 60.
3 H. Meyer: Publizität, S. 2.
4 Wellspacher: Vertrauen, S. 2. Wellspacher: Publizität, S. 634; Crome: Sachenrecht, S. 83/84; Exner: Publizitätsprinzip, S. 4, betont, daß eine öffentliche Garantie, z. B. das Grundbuch, den dinglichen Rechtsverhältnissen festen Boden gäbe.
5 Gierke, S. 189.
6 Gierke, S. 190.
7 Anders im heutigen Recht, wo es genügt, daß jeder interessierte Dritte von der Rechtslage Kenntnis erhält. R. Schmidt, S. 2; Keim, S. 8.

Publizität des Pfandrechts heißt nicht etwa, daß ein Dritter bei dem Pfandgläubiger, der die Sache im Besitz hat, aus diesem Besitzverhältnis heraus erkennen soll, daß der Pfandgläubiger an der Sache ein Pfandrecht hat. Das wäre unmöglich; denn der Pfandgläubiger könnte ja auch aus einem anderen Rechtsverhältnis — Miete, Pacht, Leihe usw. — ein Recht zum Besitz der Sache haben. Vielmehr soll ein Dritter insofern geschützt werden, als er beim Eigentümer der Sache, der als solcher zum Besitz der Sache berechtigt wäre, die Sache nicht mehr sieht. Daraus muß er schließen, daß der Eigentümer zum Besitz nicht mehr berechtigt ist, daß sein Eigentum und seine Verfügungsmacht in irgendeiner Weise beschränkt sind. In welcher Weise, aus welchem Grunde diese Beschränkung entstanden ist, kann der Dritte nicht erkennen. Er kann nur feststellen, daß sie sich auf das Besitzrecht des Eigentümers beziehen muß. Der Dritte weiß dann, daß er die Sache vom Eigentümer nicht frei von Rechten anderer erwerben kann. Insofern ist also die Publizität des Pfandrechts eigentlich eine Publizität der beschränkten Verfügungsmacht, des mangelnden Besitzrechtes des Eigentümers. Wird in der Arbeit von Publizität gesprochen, ist sie immer in diesem Sinne zu verstehen.

Die Aufgabe der Arbeit ist, darzustellen, wie weit dieses germanische Publizitätsprinzip durch das im 15. und 16. Jahrhundert eindringende römische Recht beeinflußt worden ist. Denn das römische Recht kannte ein Publizitätsprinzip im Pfandrecht nicht.

Kapitel 1:

Das Pfandrecht des deutschen mittelalterlichen Rechts und das des Corpus Juris Civilis.

Erster Teil.

Das Pfandrecht des deutschen mittelalterlichen Rechts.

In welchem Umfang es schon in den ältesten Volksrechten (etwa 6. bis 9. Jahrhundert[8]) pfandrechtartige Bestimmungen und Rechtsverhältnisse gegeben hat[9], ist für die Aufgabe der Arbeit gleichgültig. Zur Untersuchung, wie weit das römische Recht das deutsche Recht beeinflußt hat, ist allein notwendig, das Pfandrecht darzustellen, das das römische Recht vorfand, als man es in Deutschland rezipierte, und mit dem es sich vermischte. Aus diesem Grunde beruht die Darstellung des mittelalterlichen deutschen Rechts vor der Rezeption hauptsächlich auf dem Sachsenspiegel, dem Schwabenspiegel und dem Rechtsbuch nach Distinktionen sowie auf einigen Stadtrechten dieser Zeit.

§ 2: Die Pfandbestellung.

Das mittelalterliche deutsche Recht kennt zwei Formen der Pfandbestellung, die man heute ältere und jüngere Satzung nennt.

I. Die ältere Satzung.

Pfandbestellung nach älterer Satzung heißt: Das Pfandrecht wird durch Einigung und Übergabe der Pfandsache an den Gläubiger bestellt. Die häufigste Art der Pfandbestellung im deutschen Recht ist die ältere Satzung, das Faustpfand[10]. Es entsteht durch die Einigung zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner, daß die Sache belastet werden soll, und durch die Übergabe der Sache an den Pfandgläubiger zu Pfand[11]. Wird die Pfandsache dem Gläubiger nicht übergeben, so wird

8 v. Schwerin, S. 48/50.
9 z. B. Lex Alamannorum: 88, 2.
10 Ebenso in England. Halzetine, S. 193.
11 Ebenso heute § 1205 BGB.

ihm nur ein obligatorisches Zugriffsrecht eingeräumt, durch dessen Ausübung erst ein Pfandrecht entsteht[12]. Daß zur Entstehung des Pfandrechts die Übergabe notwendig ist[13], geht aus folgender Stelle des Sachsenspiegels hervor[14]: „Svelk man enen anderen liet oder sat perde oder en kleid, oder ienegerhande varende have, to svelker wis he die ut von sinen geweren let mit sime willen, verkoft sie die, die sie in geweren hevet, oder versat he sie, oder verspelet he sie, oder wert sie ime verstolen oder afgerovet; jene die sie verlegen oder versat hevet, die ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den, deme he sie leich oder versatte". Die Fahrnis wird durch Übergabe verpfändet. Veräußert der Gläubiger die Sache, die er in seiner Gewere hat, an einen Dritten, dann kann der Eigentümer sein Recht gegen den Erwerber nicht geltend machen. Eine ähnliche Bestimmung hat der Deutschenspiegel[15]: „Svelch man dem andern leihet oder setzet ein pfaerd oder ein gewant oder dhainer hande vaernde habe, ze swelher weiz er daz auz von seinen wern. . .". Der Schuldner versetzt dem Gläubiger Fahrnis, indem er die Sache dem Gläubiger übergibt. Das Pfandrecht muß also durch Übergabe der Sache bestellt werden[16]. — Durch Hingabe der Gewere an den Pfandgläubiger erhält das Pfandrecht dingliche Wirkung[17]. Im deutschen Recht ist die dingliche Wirkung des Vertragspfandrechts immer mit der Innehabung der Gewere verknüpft, da der Dritte nur das gegen sich gelten lassen muß, was ihm bekannt ist, was er sehen kann. Erkennen kann er aber eine Rechtslage nur dadurch, daß sie durch Verbindung mit der Gewere ihm vor Augen tritt. Deshalb hat bei beweglichen Sachen nur der Inhaber der leiblichen Gewere das Recht, die Sache von jedem Dritten herauszuverlangen[18]. Das geht aus Ssp. II 60, 1 deutlich hervor. Hier kann der Eigentümer von einem Dritten die Sache nicht herausverlangen. Denn er hat die Sache einem anderen übergeben. Der Eigentümer kann sich nur an den halten, der von ihm die Sache erhalten hat. Dieser kann dann erst gegen den Dritten auf Herausgabe klagen. Denn er war der letzte Inhaber der Ge-

---

[12] Gierke, S. 811; Egger, S. 400.

[13] Gierke, S. 956; Beseler, S. 365; Hübner, S. 470; Stobbe-Lehmann, S. 307; v. Meibom, S. 415; v. Schwind, S. 8; Kohler, S. 22; Kapras: Pfandrecht, S. 50; Cosack-Mitteis: Lehrbuch II, S. 349.

[14] Ssp. II, 60, 1; ebenso Riga 13. u. 14. Jahrh., S. 226; Prag 14. Jahrh.: N. 12.

[15] Dsp. 176.

[16] Bremen 1303: ord. 3; Goslar 1275: III S. 68 Zeile 11; Riga 14. Jahrhundert: Nr. 180 S. 229; Koburg 1381; XIX, 1; Dortmund Anfang des 14. Jahrhunderts: IV, 46 mit IV, 119; Gothland 14. Jahrhundert: Kap. 16; Brixen 1380: Art. 57; für genommenes Pfand Schwsp. 212 und Prag 14. Jahrhundert: Rechtsbuch. cap. 13 S. 106, siehe dazu Rößler, S. LXIV.

[17] Über die einzelnen Geweretheorien siehe nächsten Abschnitt unten S. 6 ff.

[18] Ebenso im altenglischen Recht, Halzetine S. 194.

were, von ihm wußte der Dritte, daß er berechtigt war. Das Recht des Gewereinhabers muß deshalb der Dritte gegen sich gelten lassen. Der Gewereinhaber kann also die Sache vom Dritten herausverlangen, der nicht besitzende Eigentümer kann dies nicht. Dies gilt aber nur bei freiwilligem Besitzverlust des Eigentümers. — Ssp. II, 60, 1 gilt für jeden Inhaber eines dinglichen Rechts. Der dinglich Berechtigte kann die Sache nur von dem zurückfordern, dem er sie anvertraut hat: „Wo man seinen Glauben gelassen hat, da soll man ihn wieder suchen"[19]. Hinsichtlich des Pfandrechts hat das mittelalterliche deutsche Recht aber eine andere Regelung getroffen. Wie unten[20] dargelegt werden wird, geht das Pfandrecht unter, wenn der Pfandgläubiger die Pfandsache aus seiner Gewere läßt. Wenn der Gläubiger also die Pfandsache einem anderen überträgt, verliert er sein Pfandrecht und damit das Recht auf Besitz. Er kann also weder von dem Erwerber noch von einem Dritterwerber die Pfandsache herausfordern. Der Eigentümer, der die Sache von einem Dritten nicht herausverlangen kann (Hand wahre Hand), kann also vom Pfandgläubiger nur Schadenersatz, nicht aber die Sache selbst verlangen[21]. Denn dieser kann sie ihm nicht wiederbeschaffen, da sein Besitzrecht und damit der Herausgabeanspruch gegen einen Dritten mit dem Pfandrecht erloschen ist. Anders ist es, wenn der Pfandgläubiger die Sache zwecks Befriedigung einem Dritten weiterverpfändet. Dann kann der Eigentümer von dem creditor secundus die Sache einlösen. Der Pfandgläubiger hat aber auch dann sein Pfandrecht verloren[22]. — Es ist folgendes zu überlegen: Wenn der Pfandgläubiger sein Pfandrecht dadurch verliert, daß er die Gewere freiwillig aufgibt, kann es ihm gleichgültig sein, was der Erwerber mit der Sache anfängt. Denn er kann die Sache auf Grund seines Pfandrechts doch nicht wieder erlangen. Wenn der Pfandgläubiger sich weder an den Erwerber noch an den Dritten halten kann, kann der Grundsatz „Hand wahre Hand" im Pfandrecht keine Rolle spielen. Bei der älteren Satzung[23] ist es also so, daß der Pfandgläubiger, hat er die Gewere an der Pfandsache einmal aufgegeben, die Sache nicht zurückfordern kann, deshalb kann auch der Grundsatz „Hand wahre Hand" keine Rolle spielen. — Anders ist es, wenn der Pfandgläubiger die Pfandsache von einem Nichteigentümer verpfändet und in seine Gewere bekommen hat. Dann kann der wahre Eigentümer nach dem Grundsatz „Hand wahre Hand" die Sache

19 Hirsch: Sachsenspiegel, S. 217 Anm. 1.
20 Siehe unten S. 12 ff.
21 Heusler: Institutionen II, S. 205.
22 Gierke, S. 968 Anm. 62; Kohler, S. 18; v. Meibom, S. 340; Stobbe: Übertragung, S. 404; Kulm 1251: III, 105; Rechtsbuch nach Dist: III, 14, 6; für Brünner Schöffenbuch Weiske, S. 141.
23 Anders bei jüngerer Satzung siehe unten S. 8 ff.

vom Pfandgläubiger nur dann zurückverlangen, wenn er die Gewere an der Sache unfreiwillig verloren hat. Hat der wahre Eigentümer die Sache freiwillig einem anderen gegeben und dieser hat sie verpfändet, dann kann sich der Eigentümer nur an den halten, dem er die Gewere übertragen hat, nicht aber an den Pfandgläubiger. Insofern findet der Grundsatz „Hand wahre Hand" also zugunsten des Pfandgläubigers Anwendung[24].

Das Pfandrecht entsteht also mit dinglicher Wirkung nur durch Übergabe der Sache an den Pfandgläubiger. Ob die Übergabe durch anderes ersetzt werden kann, ist Gegenstand einer weiteren Untersuchung[25].

II. Die Bedeutung der Gewere für das Pfandrecht, insbesondere die Publizitätstheorie von Huber und Gierke.

Es ist zu untersuchen, aus welchem Grund das mittelalterliche deutsche Recht die Übertragung der Gewere zur wirksamen Bestellung eines Pfandrechts verlangt[26]. Deshalb ist darzulegen, welche Aufgabe die Gewere im mittelalterlichen deutschen Sachenrecht hat.

Für Huber ist die Gewere die Erscheinungsform des Sachenrechts[27]. Er unterscheidet zwischen einer Defensiv-, Offensiv- und Translativwirkung der Gewere[28], d. h. in der Gestalt der Gewere wird das dingliche Recht verteidigt, erobert und übertragen[29]. Für Huber ist die Gewere die Form des Rechts, durch die der Inhaber des dinglichen Rechts berechtigt ist, über die Sache zu verfügen und von Dritten zu seinen Gunsten oder zu seinen Ungunsten als der dinglich Berechtigte angesehen werden muß[30]. Die Gewere legitimiert den Inhaber der Gewere als den Inhaber des dinglichen Rechts und gibt dem Recht damit Publizitätswirkung. Huber kommt schließlich zu dem Ergebnis, „daß die Gewere im deutschen Mittelalter als die Form der dinglichen Rechte zu betrachten ist"[31].

Dieser Deutung Hubers hat sich Gierke angeschlossen. Auch für ihn hat die Gewere die Aufgabe, eines „sachenrechtlichen Legitimationsmittels"[32]. Die Gewere ist der Ausdruck eines hinter ihr stehenden und behaupteten dinglichen Rechts,

---

[24] Gierke, S. 956.
[25] Siehe unten S. 8 ff.
[26] Bei der jüngeren Satzung genügt die Eintragung bei der Pfandbestellung. Die Eintragung hat die gleiche Aufgabe wie die Gewere (Siehe unten S. 15).
[27] Huber: Gewere, S. 22.
[28] Hinsichtlich der Offensivwirkung auch schon Albrecht: Gewere, S. 81 ff.
[29] Huber: Gewere, S. 21.
[30] Huber: Gewere, S. 76.
[31] Huber: Gewere, S. 48.
[32] Gierke: Sachenrecht, S. 190; Gierke: Fahrnisbesitz, S. 2.

und jedes dingliche Recht hat Anspruch auf seine Darstellung in einer Gewere[33]. Sie ist somit die rechtlich anerkannte Erscheinungsform der dinglichen Rechte[34], das „Kleid des Sachenrechts"[35]. Sie begründet eine Vermutung für ein hinter ihr stehendes dingliches Recht[36]. Die Vermutung des dinglichen Rechts wird solange aufrecht erhalten, bis die mangelnden materiellen Voraussetzungen für die Gewere sich offenbaren, bis „der Schein gebrochen wird"[37]. Die Gewere stellt eine vom materiellen Recht unabhängige Rechtslage dar, auf die sich im Verkehr jeder verlassen kann[38]. Auch Gierke betont also die Publizitätsfunktion der Gewere im deutschen Sachenrecht.

Die Publizitätswirkung ist noch von manchen anderen Autoren hervorgehoben worden. So z. B. für das Pfandrecht von H. Meyer[39]. In seinem Buch über das Publizitätsprinzip sagt er, daß ein dingliches Recht nicht deshalb geschützt werde, weil es auf eine gewisse Art erworben wurde, sondern weil es allen Rechtsgenossen durch die mit ihm verbundene Gewere offenkundig sei[40]. Auch für A. Schultze[42] hat die Gewere Publizitätswirkung. Zirkler[42] sagt über die Gewere, sie sei der „blinkende Schein des dinglichen Rechts", „welcher für dasselbe unmittelbare Achtung einflößt". Ebenso gibt Wellspacher der Gewere Publizitätswirkung: Der Dritte darf sich darauf verlassen, daß der Besitzer der wahre Berechtigte ist[43]. Dies gilt für ihn hauptsächlich für das Eigentum, aber auch für das Pfandrecht[44]. Auch Gaupp[45] steht auf dem Standpunkt, daß die leibliche Gewere die sichtbaren Beziehungen zwischen Mensch und Sache bezeichnet. Den gleichen Standpunkt vertritt Naendrup[46], der in seiner Schrift über Geweretheorien betont, daß die Gewere „Besitz und Rechtsform" ist[47].

Der von Huber begründeten und von Gierke ausgebauten Lehre über die Publizitätsfunktion der Gewere im mittelalterlichen Sachenrecht möchte ich mich anschließen. Dem germanischen Menschen war nur das Wirklichkeit, was er sinnlich wahrnehmen, was er sehen konnte. Dafür sprechen die vielen

---

33 Gierke: Sachenrecht, S. 189.
34 Gierke: Fahrnisbesitz, S. 9.
35 Gierke: Sachenrecht, S. 189; Gierke: Fahrnisbesitz, S. 9.
36 Gierke: Fahrnisbesitz, S. 22.
37 Gierke: Sachenrecht, S. 189.
38 Gierke: Sachenrecht, S. 190.
39 H. Meyer: Neuere Satzung, S. 34.
40 H. Meyer: Publizitätsprinzip, S. 2.
41 A. Schultze, S. 165.
42 v. Zirkler, S. 159 Anm. 39.
43 Wellspacher: Vertrauen, S. 2.
44 Wellspacher: Vertrauen, S. 2 Anm. 3.
45 Gaupp: Kritische Untersuchungen, S. 99/100.
46 Naendrup: Rechtsschein, S. 25/26.
47 Naendrup: Geweretheorien, S. 73.

Rechtssymbole[48]. So ist es denkbar, daß die Übergabe der Sache bei Erwerb eines Pfandrechts zuerst nur deshalb geschah, damit für die beiden Beteiligten das Entstehen des Pfandrechts sichtbar wurde. Zunächst sollten etwa nur Schuldner und Gläubiger die Pfandbestellung sehen, indem sie wahrnahmen, wie die tatsächliche Gewalt an der Sache vom Schuldner auf den Gläubiger überging, der nun ganz körperlich spürte, daß er sich an die Sache halten konnte, wenn der Schuldner nicht zahlte. Später war die Wahrnehmbarkeit der Entstehung des Rechtsverhältnisses nicht mehr nur für die unmittelbar Beteiligten wichtig, sondern für alle Rechtsgenossen. Mit der Aufgabe aber, die damit die Gewere hat, daß jeder Dritte von der Rechtslage Kenntnis erhalten kann, ist die Publizitätswirkung der Gewere gegeben. — Die Gewere macht also die Entstehung des dinglichen Rechts bei der Pfandbestellung offenkundig. Sie hat die Aufgabe, Dritten Schutz zu gewähren. Bei der Pfandbestellung des germanischen Rechts kommt also der Grundsatz zur Geltung, daß nur dann ein dingliches Recht gegeben ist, wenn es all denen, denen es entgegengehalten werden kann, — also jedem Dritten — bekannt ist.

III. Die jüngere Satzung.

Pfandbestellung nach jüngerer Satzung heißt: Das Pfandrecht wird durch bloße Einigung ohne Übergabe bestellt.

1. Hat es im deutschen Recht eine Hypothek an Fahrnis gegeben?

Unter einer Hyopthek an Fahrnis versteht man im Gegensatz zum Faustpfand ein Pfandrecht, das durch bloße Einigung ohne Übergabe der Sache an den Pfandgläubiger bestellt wird. Ob es eine solche Art der Pfandbestellung im deutschen Recht gegeben hat, ist in der rechtsgeschichtlichen Forschung sehr umstritten. Gänzlich ablehnend stehen ihr Stobbe-Lehmann gegenüber[49]. Ebenso lehnt sie Eisenhart[50] ab: „. . . Überhaupt ist zu bemerken, daß die Deutschen von Pfandverschreibungen und Hypotheken nichts wußten, sondern der Gläubiger bekam allzeit das Pfand in seine Gewalt, es mogte entweder in einer beweglichen oder unbeweglichen Sache bestehen". H. Meyer[51] und v. Meibom[52] erkennen die jüngere

[48] Siehe dazu Grimm: Deutsche Rechtsaltertümer, I. S. 153 ff. und Puetzfeld: Deutsche Rechtssymbolik.
[49] Stobbe-Lehmann, II, 2, S. 308 ff.
[50] Eisenhart, III, 4, 2.
[51] H. Meyer: Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen, S. 29/30.
[52] v. Meibom, S. 412 ff. Für das dänische und norwegische Recht s. Kruse S. 1793.

Satzung voll an, während Gierke[53] eine vermittelnde Stellung einnimmt. Allgemein wird anerkannt, daß Schiffe[54] durch eine Hypothek wirksam verpfändet werden können[55]. Schiffe können deshalb hypothekarisch verpfändet werden, weil sie wie liegendes Gut behandelt werden[56]. So sagt das Hamburger Stadtrecht von 1270[57]: „Mer erue vnde scepe schal men vor deme gantzen rade vorsetten"[58]. Auch darüber ist man sich einig, daß der Schuldner dem Gläubiger auf die Weise Sicherheit geben kann, daß er ihm bei nichterfolgender Zahlung Befriedigung aus einer bestimmten Sache verspricht, diese Sache aber im Besitz behält[59]. Zu beachten ist dabei, daß es sich nicht um eine Verpfändung durch ein Besitzmittlungsverhältnis handelt, insofern als der Pfandschuldner für den Pfandgläubiger die Gewere ausübt[60]. Die Gewere hat nur der Pfandschuldner inne. Fraglich ist nur, ob diese Art der Verhaftung auch dingliche Wirkung hat. Auf diesem Standpunkt stehen H. Meyer und v. Meibom. H. Meyer[61] ist der Ansicht, daß ein solches Pfandrecht dadurch entstehe, daß die Pfandbestellung in ein öffentliches Buch eingetragen werde mit genauer Bezeichnung des Orts, wo die verpfändete Sache beim Pfandschuldner lagere. Er sagt, daß diese Bestimmung im Interesse der Publizität des Pfandrechts gegeben sei. Dadurch, daß das Pfandrecht in ein Register eingetragen werde, sei die Offenkundigkeit hergestellt und somit die Aufgabe, die beim Faustpfand die Gewere habe, ersetzt[62]. Soweit möchte ich mich der Meinung H. Meyers anschließen[63]. Aus seiner Untersuchung ergibt sich ferner, daß der Pfandgläubiger sein Pfandrecht nur solange verwirklichen kann, als die Pfandsache wirklich an dem im Register angegebenen Ort beim Schuldner ruht; wird die Sache vom Schuldner weiterveräußert, dann erlischt das Pfandrecht[64]. Er begründet das Erlöschen des Pfandrechts damit, daß der Pfandgläubiger es

---

53 Gierke, S. 961 ff.

54 Ebenso heute § 1260 BGB. Sonst hat das Bürgerliche Gesetzbuch eine jüngere Satzung an Fahrnis mit Ausnahme des Zubehörs zu Grundstücken, das mit dem Grundstück zusammen durch Eintragung in das Grundbuch verpfändet wird (§ 1120), nicht.

55 Stobbe-Lehmann, II, 2, S. 309; Gierke, S. 969; Hübner, S. 477; H. Meyer: Neuere Satzung, S. 23; v. Meibom, S. 412; v. Amira: Grundriß, S. 215; Endemann: Handbuch, IV, S. 245; Bluntschli, S. 301; v. Schwind, S. 13.

56 Gierke, S. 962; H. Meyer: Entwerung, S. 2.

57 Hamburg 1270: I 13.

58 So auch Hamburg 1292: C IX; Hamburg 1497: H VIII.

59 Stobbe-Lehmann, II, 2, S. 308; Gierke, S. 961.

60 Dieser Ansicht ist Planck, II, S. 340, der glaubt, daß der Gläubiger den Besitz hat und der Schuldner die Bewachung der Sache übernimmt. Dagegen v. Meibom, S. 438.

61 H. Meyer: Neuere Satzung, S. 29.

62 Anderer Ansicht Gierke, S. 962 Anm. 35, S. 963; Sohm: Hypothek, S. 15.

63 So auch Planitz: Grundpfandrecht, S. 148 für das Grundpfand.

64 H. Meyer: Neuere Satzung, S. 76 ff.

nun wegen mangelnder Erkennbarkeit (der im Register angegebene Ort stimmt nicht mehr) nicht mehr realisieren könne und vergleicht die Stellung des Pfandgläubigers mit der des nichtbesitzenden Eigentümers. Auf Grund des im Fahrnisrecht allgemein gültigen Satzes „Hand wahre Hand" könne der Pfandgläubiger sein Recht nicht geltend machen, weil er eben die Gewere an der Sache nicht innegehabt habe. Meyer sagt aber, daß dies nichts gegen die dingliche Wirksamkeit der neueren Satzung beweise[65]. Zum Unterschied vom Faustpfand hat der Grundsatz „Hand wahre Hand" bei der jüngeren Satzung Wirksamkeit. Hier liegen die Verhältnisse auch anders als beim Faustpfand. Wenn der besitzende Pfandschuldner die Pfandsache veräußert, so geschieht das ohne Willen des Pfandgläubigers. Das ist derselbe Fall, wie wenn ein Faustpfandgläubiger die Gewere an der Pfandsache unfreiwillig verliert. Das Pfandrecht geht beim Faustpfand dann nicht unter[66]. Bei der jüngeren Satzung muß es aber deshalb untergehen, weil der Pfandgläubiger nicht die Gewere an der Pfandsache hat. Da das deutsche Recht nur die Klage auf Rückgabe einer beweglichen Sache auf Grund der leiblichen Gewere kennt, kann diese dem Pfandgläubiger nicht zustehen[67]. — Vergleicht man die Dinglichkeit der jüngeren Satzung mit der der älteren Satzung, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß erstere eine beschränkte dingliche Wirkung hat. Beim Faustpfand ist der Gläubiger seines Rechts solange sicher, bis er nicht selbst etwas tut, wodurch das Recht erlischt. Der Gläubiger kann also tatsächlich sein Recht gegen jeden Angriff verteidigen, den er nicht will. Bei der jüngeren Satzung ist das anders. Hier wirkt das Recht gegen jeden mit Ausnahme dessen, an den der Pfandschuldner die Sache weiterveräußert. Also ist die Dinglichkeit des Pfandrechts eingeschränkt. Denn gerade das ist ja das Merkmal der dinglichen Wirksamkeit eines Rechtes, daß nur der Inhaber des Rechts auf Grund seiner Gewere die Sache gegen jeden Eingriff verteidigen kann[68]. Darauf weist Stobbe-Lehmann[69] auch hin und lehnt deshalb die dingliche Wirkung der neueren Satzung und damit ihren pfandrechtlichen Charakter ab. M. E. geht diese schroffe Ablehnung der neueren Satzung als Pfandrecht zu weit. Die jüngere Satzung bietet zwar als Pfandrecht nicht die gleiche Sicherheit wie das Faustpfand, weil sie wegen der mangelnden Gewere des Gläubigers nicht mit den gleichen Rechten ausgestattet sein kann. Sie ist aber doch ein Pfandrecht, allerdings mit einer beschrankten dinglichen Wirkung.

---

[65] So auch v. Meibom, S. 442.
[66] Gierke, S. 966 Anm. 54; Krzemienica 1451—1482: Nr. 575.
[67] H. Meyer: Neuere Satzung, S. 80.
[68] Albrecht, S. 81/82.
[69] Stobbe-Lehmann, II, 2, S. 308 ff.

Auch Huber[70] nimmt für das Schweizer Recht des Mittelalters eine Mobiliarhypothek an, sagt über deren dingliche Wirkung allerdings nichts. Zu beachten ist, daß nur das als jüngere Satzung angesehen werden darf, was durch Eintragung in ein Register mit Angabe des Lagerorts der Sache verpfändet wird. Denn nur dadurch wird der im deutschen Recht verlangten Publizität eines dinglichen Rechts Genüge getan[71]. Dies ist der Fall bei zahllosen von H. Meyer angeführten Eintragungen in die Stadtbücher der norddeutschen Städte. Es ergibt sich, daß die jüngere Satzung eine Einrichtung des deutschen Rechts ist, die zwar nicht mit der Dinglichkeit eines Faustpfandes, wohl aber mit einer beschränkten dinglichen Wirksamkeit ausgestattet ist. Sie ist hauptsächlich im Lübecker Rechtskreis[72], in Frankfurt am Main und in der Schweiz[73] zu finden und entwickelt sich erst im späten Mittelalter.

2. Abgrenzung zwischen der jüngeren Satzung und der römisch-rechtlichen Hypothek.

Wie die Hypothek des römischen Rechts entsteht, wird unten[74] erörtert werden. Für die Untersuchung der Gesetze nach 1400 ist wichtig, die neuere Satzung des deutschen Rechts und die Hypothek des römischen kurz voneinander abzugrenzen. Sie sind durch zwei Merkmale zu unterscheiden. Einmal durch ihre Entstehung: Die römische Hypothek entsteht durch formlosen Vertrag zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner ohne Eintragung oder sonstige Öffentlichkeit, während bei der jüngeren Satzung die Eintragung unbedingt erforderlich ist[75]. Zum anderen ist die römische Hypothek dinglich voll wirksam, während die jüngere Satzung in ihrer dinglichen Wirkung beschränkt ist.

§ 3: Das Ende des Pfandrechts.

Das Pfandrecht endet im deutschen Recht auf verschiedene Weise: durch Aufgabe des Besitzes seitens des Gläubigers, durch Einlösung der Pfandsache seitens des Schuldners, durch Weiterverpfändung, durch privaten oder öffentlichen Verkauf und durch Verfall. Für die Untersuchung über die Publizität ist nur die erste Art des Endes des Pfandrechts von Wichtigkeit.

---

70 Huber: Privatrecht, IV, S. 817.
71 Das ist z. B. nicht der Fall bei Dsp. 159; Hamburg 1292: C, IX Abs. 1.
72 Heusler: Institutionen II, S. 201.
73 Hübner, S. 477.
74 Siehe unten S. 15 ff.
75 H. Meyer: Neuere Satzung, S. 29.

I. Die Aufgabe der Gewere ohne Verabredung eines Besitzmittlungsverhältnisses.

Das Pfandrecht des deutschen Rechts endet dann, wenn der Gläubiger die Gewere an der Sache aufgibt, insbesondere wenn er die Sache dem Schuldner zurückgibt[76]. Das Lübecker Recht von 1294 sagt[77]: „De ene de deme anderen deyt gelt off gut up syn gut et sy erue edder cledere edder yd sy wat gudes dat yd sy so is dat weddeschat gesthadet ok des de jenne dede wedde schattet dat dat gut komet van der stede dar eme dat ghedan vnde bewiset wert, edder dat yd van den jennen de des eme waren schal in ander gud ghewandelt wert so en is dat nen weddeschat". Der Pfandgläubiger erlaubt, daß die Pfandsache aus seiner Gewere kommt; das Pfandrecht geht damit unter. Diese Tatsache ist zu erklären. Das Faustpfandrecht ist an die Innehabung der Gewere gebunden, weil nur so eine Offenkundigkeit der Rechtslage erzielt werden kann. Gibt der Pfandgläubiger den Besitz auf, gibt er die Sache an einen Dritten, so stimmt die äußere Rechtslage nicht mehr mit der inneren überein. Denn der zum Besitz Berechtigte ist nicht mehr Besitzer. Viel weniger ist es möglich, daß der Schuldner die Sache zurückerhält; denn dann wäre die Rechtslage noch weit mehr verschleiert. Nach außen würde dann der Pfandschuldner als Berechtigter gelten; ein Dritter kann nicht mehr ersehen, daß die Sache belastet ist. Es ist vielfach angenommen worden, daß es sich um einen durch Aufgabe der Gewere erklärten Verzicht auf das Pfandrecht handelt[78]. Ich möchte mich dem nicht anschließen. Meines Erachtens kann es auf den Willen des Pfandgläubigers gar nicht ankommen; ob er etwas mit der Aufgabe der Gewere erklären will oder nicht, ist gleichgültig. Nur deshalb geht das Pfandrecht unter, weil die Offenkundigkeit des Rechts zerstört worden ist.

II. Geht das Pfandrecht unter, wenn zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner ein Besitzmittlungsverhältnis verabredet wird?

H. Meyer[79] und v. Meibom[80] stehen beide auf dem Standpunkt, daß das Pfandrecht dann nicht erlischt, wenn bei Rückgabe der Pfandsache zwischen Gläubiger und Schuldner ein Besitzmittlungsverhältnis verabredet wird. Zur Klarlegung dieser Frage ist es notwendig, auf die Unterscheidung des

[76] Gierke, S. 966; v. Meibom, S. 731; Roth, S. 731.
[77] Lübeck 1294, III, 97; so auch zitiert v. Meibom, S. 401 Anm. 451; siehe auch Lübeck 1253 (Cod. III Art. 1—240): Art. 97 und Art. 223.
[78] Roth, S. 731; v. Meibom, S. 401.
[79] H. Meyer, Mühlhäuser Reichsrechtsbuch, S. 85/86.
[80] v. Meibom, S. 79/81.

deutschen Rechts zwischen leiblicher und ideeller Gewere einzugehen. Im deutschen Recht gibt es keine ideele Gewere an Fahrnis[81]. Nur dann ist eine Gewere an Fahrnis gegeben, wenn der Inhaber derselben die Sache in tatsächlichem Gewahrsam hat[82]. Aus diesem Grunde ist es also nicht möglich, daß der Pfandschuldner als Besitzmittler die Gewere für den Pfandgläubiger ausüben kann. Das ist allerdings nicht unbestritten. H. Meyer und v. Meibom nehmen an, daß der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner die Pfandsache „einstweilen" (Meyer) zurückgeben kann. Das Besitzmittlungsverhältnis, durch das der Pfandgläubiger besitzen soll, wird nach Ansicht beider in den mittelalterlichen Rechten durch die Form „to borge dun"[83] ausgedrückt. Dieser Begriff ist sowohl bei Bestimmung über genommenes als auch über gesetztes Pfand zu finden[84]. Es muß daher untersucht werden, was der Begriff „to borge dun" heißt. Beyerle[85] kommt auf Grund seiner Untersuchung zu dem Ergebnis, daß der ursprüngliche Wortsinn auf angelsächsich „borgian = behüten" und althochdeutsch „borgên = jemandem Sicherheit gewähren" sich ergibt. „to borge dun" würde dann also „zu Bürgschaft, als Bürgschaft geben" heißen. Ebenso sagt Würdinger[86], daß der ursprüngliche Sinn von „borg = handhaft sein" gewesen sei, so wie das Faustpfand in der Hand des Gläubigers handhaft sei. Allerdings hebt Würdinger[87] hervor, daß „borg" auch „geborgtes" geheißen hätte, insofern, als sowohl beim Faustpfand als auch beim Borgen das Ingewaltnehmen der Sache im Vordergrund stehe. Hirsch[87] übersetzt die Sachsenspiegelstelle I 70,2 wie folgt: „Klagt man aber um Schuld gegen den, der dort nicht dingpflichtig ist, noch dort gegenwärtig ist, so soll man ihm gebieten von gerichts wegen, daß er zahle binnen vierzehnnacht, oder die schuld mit recht widerlege. Tut er das nicht, so soll man ihn deshalb pfänden und das pfand soll man als bürgschaft geben dreimal immer über vierzehnnacht, wenn der Kläger das begehrt"[89]. Diese Stelle, die sich auf genommenes Pfand bezieht, ergibt eindeutig, daß das „to borge dun" als „Bürgschaft geben" heißen muß. Es wird allerdings nicht gesagt, w e m das Pfand „to borge" getan werden soll. Aber aus dem Text geht hervor, daß die vom Fronboten gepfändete Sache dem Kläger — Pfandgläu-

---

81 Gierke, S. 192; mit einer Einschränkung auch Albrecht, S. 79.
82 Heusler: Gewere, S. 66.
83 Ssp. I, 70, 2.
84 H. Meyer: Neuere Satzung, S. 106.
85 Beyerle: Der Ursprung der Bürgschaft, S. 600/01.
86 Würdinger, S. 163 Anm. 31. (S. 165).
87 Würdinger, S. 163 Anm. 31. (S. 166).
88 Hirsch: Sachsenspiegel, S. 166/67.
89 Ähnlich übersetzt Sachsse 71, 2 der Heidelberger Handschrift. Sachsse, S. 116.

biger — auf sein Verlangen als Bürgschaft gegeben werden soll[90]. Meibom[91] lehnt diese Meinung mit der Begründung ab, daß „das Pfand als das zu Borge zu gebende bezeichnet wird". Er versteht darunter, daß die Sache dem Schuldner geborgt, d. h. in Besitz gegeben wird. Das trifft m. E. nicht zu. Vielmehr ist das Pfand die Sache, die für die Schuld „bürgen" soll, d. h. dem Gläubiger zur Sicherheit übergeben wird. Ähnlich liegen die Fälle bei der von Meibom zitierten Schwabenspiegelstelle[92] und der Bestimmung des Mühlhäuser Reichsrechtsbuchs bei H. Meyer[93]. Diese Stellen lassen sich also zur Begründung der Ansicht, daß der Pfandgläubiger die Sache dem Pfandschuldner unter Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses zurückgeben kann, ohne sein Pfandrecht dadurch zu verlieren, nicht heranziehen. Es ergibt sich also, daß in der Regel „to borge dun" als „Bürgschaft geben" heißt. Es ist also nicht möglich, daß der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner die Pfandsache unter Verabredung eines Besitzmittlungsverhältnisses zurückgeben kann. Eine solche Möglichkeit kennt das deutsche mittelalterliche Sachenrecht nicht. Von dieser Regel gibt es eine Ausnahme. Dies ist der Fall bei einer von H. Meyer zitierten Stelle des Nordhauser Schuldheissenbuches aus dem 13. Jahrhundert[94]: „Item quicumque alium oppignoraverit et illud pignus mutuo restituerit quod wlgariter zu borge dicitur, illud id ipsum pignus alter si superuenerit, saluo iure pignorabit, et si prior pignorans sibi detrimentum senserit in tali pignore vniuersa dampna accrescencia ab eo cui mutuo reddidit requiret ordine iuris postulare". Die Übersetzung der Stelle lautet etwa: „Wenn von einem anderen etwas verpfändet wird und dieser die Pfandsache leihweise zurückgibt, was man allgemein „zu borge" nennt; und wenn nun die Pfandsache in den Besitz eines Dritten gelangt, dann verpfändet er sie bei Bestehenbleiben des Rechts. Und wenn nun der erste, dem sie verpfändet worden war, merkt, daß ihm an der Pfandsache ein Schaden entstanden ist, dann muß er den gesamten Schaden mit den Zinsen auf gerichtlichem Wege von dem einfordern, dem er sie leihweise überlassen hat". Aus der Gleichsetzung von „zu borge" mit „mutuo = leihweise" erhellt, daß hier tatsächlich der Schuldner die Pfandsache unter Verabredung eines Leihverhältnisses

---

[90] Hirsch: Sachsenspiegel, S. 167 Anm. 1. Siehe auch Bayern 1346: XXIV, 8, wo „purg" in der Bedeutung „Bürge" verwandt wird; ebenso Weiske: Sachsenspiegel, S. 143 unter „borge".

[91] v. Meibom, S. 80.

[92] Schwsp. 102 b.

[93] Mühlhausen 13. Jahrhundert: 35, 2.

[94] H. Meyer: Neuere Satzung, S. 105 106: Schultheissenbuch von Nordhausen 13. Jahrhundert: Stadtrecht Art. 13. (Siehe für die Datierung: H. Meyer: Mühlhäuser Reichsrechtsbuch, S. 85), für die Pfandbestellung siehe Nordhausen 13. Jahrhundert: Art. 15, H. Meyer: Neuere Satzung, S. 106.

vom Gläubiger zurückerhalten kann. Das Pfandrecht geht dann nicht unter. Diese Regelung des Nordhäuser Stadtrechts steht aber vereinzelt da, H. Meyer[95] nennt sie für Nordhausen charakteristisch. Daß diese Bestimmung im Nordhäuser Recht römischen Ursprungs ist, möchte ich nicht annehmen, trotzdem angenommen wird, daß die sogenannte theoretische Rezeption[96] schon im 13. Jahrhundert begann[97]. Vielmehr wird es sich wohl um eine deutschrechtliche Bildung handeln. Zu beachten ist aber, daß sie eben nur in Nordhausen vorkommt. Bei der Untersuchung, ob Gesetze, die die Bestellung oder das Bestehenbleiben des Pfandrechts unter Verabredung eines Besitzmittlungsverhältnisses kennen, ist also darzulegen, ob diese Gesetze durch das Nordhäuser Schultheissenbuch beeinflußt worden sind. Nach Rudolf Kötzschke[98] sind das aber nur das Gesetz von Mühlhausen und die Oberhöfe von Frankenhausen, Greussen a. d. Helbe, Sonderhausen, Eschwege, Münden und Witzenhausen a. d. Werra. Von diesen Orten wird keiner in der Untersuchung über die Gesetze nach 1400 berücksichtigt.

Zweiter Teil.
Das Pfandrecht des römischen Rechts.

§ 4: Die Pfandbestellung.

Das Pfandrecht des römischen Rechts entsteht grundsätzlich durch einfachen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner darüber, daß ein Pfandrecht an der Sache entstehen soll[99]. „Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est“[100]. Der Vertrag wird formlos abgeschlossen[101]: „Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae: nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus quae consensu contrahantur. et ideo et sine scriptura si convenit ut hypotheca sit et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt . . .“ Zur Pfandbestellung genügt also die bloße Einigung darüber, daß eine Hypothek an der Sache entstehen soll.

95 H. Meyer: Mühlhäuser Reichsrechtsbuch, S. 85.
96 Schröder—v. Künßberg, S. 865.
97 Duncker, S. 181.
98 R. Kötzschke: Geschichte des obersächsisch-thüringischen Raumes, S. 152.
99 Sintenis: Pfandrecht, S. 203; Vering, S. 450; Göschen, II, 2, S. 333; Windscheid, I S. 1152; Sohm: Institutionen, S. 461; Puchta: Pandekten S. 295.
100 D XIII 7, 1.
101 D XX 1, 4.

In D XX, 1, 4 wird besonders hervorgehoben, daß auch Schriftlichkeit des Vertrages nicht notwendig ist, daß die Schriftlichkeit nur zum leichteren Beweis des Pfandrechts dienlich sein kann[102]. Diese Art der Verpfändung nennt man „hypotheca". Ob das Pfandrecht dingliche Wirkung hat, ist sehr umstritten. Einige Ansichten gehen dahin, das Pfandrecht als ein Forderungsrecht gegenüber der Sache selbst, als ein dingliches Forderungsrecht zu betrachten[103]. Von den Meisten wird das Pfandrecht als ein dingliches Recht an einer fremden Sache angesehen[104]. Ich möchte mich dieser herrschenden Ansicht anschließen; denn der Gläubiger hat die Befugnis, die Pfandsache von jedem Dritten herauszuverlangen[105]. Die Dinglichkeit des Pfandrechts entspricht dem römischen Begriff der Dinglichkeit: „Ubi rem meam invenio, ibi vindico". Der Inhaber des dinglichen Rechts kann jeden Dritten von der Einwirkung auf die Sache ausschließen[106].

Für die Entstehung des Pfandrechts ist es unwesentlich, ob der Besitz an der Pfandsache übergeht. Eine solche Verabredung kann getroffen werden, das Pfandrecht wird aber ohne diese gültig bestellt[107]. Deutlich wird das auch dadurch, daß das Pfandrecht durch Boten oder Briefwechsel bestellt werden kann[108]: „Pignoris obligatio etiam inter absentes recte ex contractu obligatur". Über die Natur des Besitzes, der durch Pfandkontrakt bestellt wurde, ist viel gestritten worden[109]. Für unsere Untersuchung ist diese Frage nebensächlich. Wichtig ist nur, daß das römische Pfandrecht auch ohne Besitzübertragung gültig entsteht. Daraus ergibt sich, daß das römische Recht das Publizitätsprinzip beim Pfandrecht nicht kennt; wie überhaupt das Publizitätsprinzip im römischen Recht nur eine sehr geringe Rolle spielt. Durch den Pfandvertrag, der zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner abgeschlossen wird, kann kein Dritter erkennen, ob und in welcher Weise die Sache belastet ist, zumal dieser Vertrag formlos abgeschlossen werden kann. Das Pfandrecht ist aber trotz der mangelnden Publizität dinglich. Es ergibt sich, daß im römischen Recht im Gegensatz zum deutschen die Dinglichkeit

---

102 D XX 1, 4 Teilsatz 2.

103 Sintenis: Pfandrecht, S. 5 ff.; Mühlenbruch: Cession, S. 12; Büchel, I S. 120/21; v. Vangerow, I S. 736, Anm. 2.

104 Windscheid, I S. 1128; v. Keller, I S. 423; Arndts, S. 619; Baron, S. 326; v. Wächter: Pandekten, II. S. 514 15; Wendt, S. 397; Puchta: Privatrecht, II. S. 256; Sohm: Subpignus, S. 12 u. S. 14. Über den Begriff der Dinglichkeit: v. Wächter: Erörterungen I, S. 109 ff.

105 Ähnlich Windscheid, I. S. 1186.

106 Windscheid, I. S. 167.

107 D XIII 7, 1; D XX 1, 4; Glück: Pandekten, Bd. 18 S. 162/63.

108 D XX 1, 23.

109 Sintenis: Pfandrecht, S. 269 ff.; Sintenis: Juristischer Besitz, S. 272; Savigny: Besitz, S. 322; v. Ihering: Besitzwille, S. 431; v. Bethmann-Hollweg, I. S. 10/11; v. Wächter: Pandekten, II. S. 534; Bremer: Pfandrecht, S. 24; Arndts, S. 580; Puchta: Pandekten, I, S. 580.

eines Rechtes nichts mit seiner Erkennbarkeit für Dritte zu tun hat, daß also ein Dritter auch das gegen sich gelten lassen muß, was er nicht erkennen kann. Hierin liegt einer der Gegensätze des römischen und deutschen Pfandrechts, deren Ringen miteinander nach der Rezeption darzustellen die Aufgabe der Arbeit ist.

§ 5: Das Ende des Pfandrechts: Der freiwillige Besitzverlust.

Hat der Pfandgläubiger den Besitz an der Pfandsache erhalten, dann geht das Pfandrecht nicht ohne weiteres unter, wenn er den Besitz zurückgibt[110]: „Nam si recepta a creditore mancipia, quae pignori fuerant data, hac mente socero tuo tradidisti ut pignoris vinculum dissolvatur, obligatio semel extincta instaurari non potest". Das Pfandrecht geht hier deshalb unter, weil der Gläubiger seinem Schwiegervater den verpfändeten Sklaven zum Zwecke des Unterganges des Pfandrechts übergeben hat. Auch im deutschen Recht geht das Pfandrecht bei Gewereverlust unter[111]. Es besteht aber zwischen den beiden Arten des Unterganges ein Unterschied. Im römischen Recht wird in der Rückgabe der Pfandsache ein Verzicht auf das Pfandrecht erblickt[112]. Das Pfandrecht geht nur dann unter, wenn die Rückgabe als stillschweigende Erklärung des Verzichts angesehen werden kann. Das ist in dem oben angeführten Beispiel des C VIII 25,9 der Fall. Hier verzichtet der Schwiegersohn bei der Rückgabe des verpfändeten Sklaven wirklich auf sein Pfandrecht.

Anders ist es bei folgendem Beispiel[113]: „Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam reddidisti ei pignus isque per fenestram id misit excepturo eo, quem de industria ad id posuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore posse et ad exhibendum: et si, agente te contraria pigneratitia excipiat debitor de pignore sibi reddito, replicabitur de dolo et fraude, per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intellegitur". Der Schuldner, der die Pfandsache auf diese Weise an sich gebracht hat, kann hier nicht die Einrede des Verzichts auf das Pfandrecht seitens des Pfandgläubigers durch Rückgabe der Pfandsache geltend machen; denn diese Art des freiwilligen Besitzverlustes stellt keinen Verzicht dar. Der Gläubiger will ja nur in dem Fall die Pfandsache an den Schuldner zurückgeben, daß dieser die Schuldsumme wirklich zahlt.

---

110 C VIII 25, 9.
111 Siehe oben S. 20 ff.
112 Bremer: Pfandrecht, S. 145; Windscheid I, S. 1245; Arndts, S. 621; Mühlenbruch: Pandekten II, S. 205, Anm. 12; Puchta: Privatrecht, II, S. 226.
113 D XIII 7, 3.

Es ist also zwischen dem Besitzverlust des deutschen und dem des römischen Rechts ein Unterschied und ein gemeinsames festzustellen. Gemeinsam haben beide, daß bei unfreiwilligem Besitzverlust das Pfandrecht nicht verloren geht. Hierin deckt sich D XIII 7,3[114] ganz mit Krzemienica 1451—1482 Nr. 575[115]. Der Unterschied ist folgender: Im römischen Recht geht das Pfandrecht nicht bei jeder Rückgabe, ganz gleich aus welchem Grunde sie geschieht, unter. Das ist aber im deutschen Recht der Fall[116]. Zu erklären ist dieser Unterschied aus der Publizität. Da das römische Recht die Offenkundigkeit nicht kennt und ein Pfandrecht deshalb auch ohne Übergabe der Pfandsache entstehen läßt, kann das Pfandrecht auch dann weiterbestehen, wenn es zwar mit Übergabe der Pfandsache als pignus bestellt worden ist, dann aber doch die Sache in den Gewahrsam des Pfandschuldners zurückgegeben wird. Das pignus wandelt sich durch diese Übergabe dann in eine hypotheca, die mit der gleichen dinglichen Wirkung ausgestattet ist. Da im deutschen Recht grundsätzlich ohne Übertragung der leiblichen Gewere kein Pfandrecht entstehen kann[117], ist es also auch nicht möglich, daß ein Pfandrecht dann noch bestehen bleibt, wenn der Besitz vom Pfandgläubiger aufgegeben wird. Die im deutschen Recht zum Bestehen des Pfandrechts notwendige Publizität ist durchbrochen; deshalb muß das Pfandrecht untergehen, während im römischen Recht die Publizität des Rechtsverhältnisses nicht notwendig ist. Deshalb kann im römischen Recht auch bei verschleierter Rechtslage das Pfandrecht bestehen bleiben.

---

[114] Siehe oben S. 17.
[115] Siehe unten S. 21.
[116] Siehe oben S. 12.
[117] Anders bei der jüngeren Satzung.

Kapitel 2.

Der Einfluß des römischen Rechts auf das Pfandrecht in den Partikularrechten nach 1400.

Erster Teil:

Die Untersuchung.

Abschnitt 1:

Die Gesetze ohne römisches Rechtsgut.

Unter Gesetzen ohne römisches Rechtsgut sind die Rechte zu verstehen, die hinsichtlich des Publizitätsprinzips im Pfandrecht ganz frei von römischem Einfluß geblieben sind.

§ 6: Die Pfandbestellung.

I. Nach älterer Satzung.

Wie oben[118] dargelegt, wird im deutschen Recht ein Pfandrecht zumeist durch Übertragung der Gewere bestellt. Wieweit sich diese Form in den Partikularrechten erhalten hat[119], soll im folgenden untersucht werden.

In den untersuchten Gesetzen **Norddeutschlands** ist eine Pfandbestellung nach der älteren Satzung vorherrschend. In den Lübecker Statuten von 1586[120] heißt es[121]: „Widerumb, vorsetzt einer etwas von seinem beweglichen Gute vnd ubergibt es als handthabendt Pfandt, vorstatet dann der jenige, dem das Gut vorpfandet war, das dasselbe an andere Oerter gebracht oder sonsten vorwandelt oder vorandert, vnd also aus seiner gewehr kömpt, so ist es nicht mehr sein Pfand"[122]. Es ist also nicht nur zur Bestellung des Pfandrechts sondern auch zu seinem Wirksambleiben Gewereübertragung an den Gläubiger und Innebehaltung der Gewere notwendig. Die ding-

118 Siehe oben S. 3 ff.

119 So Gierke, S. 963/64; a. A. Stobbe-Lehmann, II, 2 S. 313/314.

120 Die Jahreszahl 1586 ist Stobbe: Geschichte der deutschen Rechtsquellen, II, S. 294 entnommen, da in dem Neudruck von 1680 ein Entstehungsjahr der Statuten nicht angegeben ist.

121 Lübeck 1586 III 4, 5; so auch zit. Eichhorn: Privatrecht, S. 492 Anm. 1.

122 Ebenso Danzig 15. Jahrhundert: Art. 91: „Eyn iczlicher, der eyn pfant in seyner habenden were hat. ." und Billwärder 1498: Art. 5.

liche Wirkung des Pfandrechts wird besonders betont[123]: „Besitzt jemand ein gut, es sey ihm geschenkt, verpfändet oder verkaufft, so kan er das auff seinen Eyd wider aale Ansprach wol behalten, es were dan gestohlen oder geraubt gut". Hier gilt der Satz „Hand wahre Hand" zugunsten des Pfandgläubigers, denn sein Pfandrecht wirkt gegen jedermann, wenn die Sache nicht abhanden gekommen ist. Im Lüneburger Stadtrecht von 1722 wird bestimmt[125]: „Der Gläubiger soll die eingesetzte Pfande nicht weniger denn treuhändig Gut in sein Gewahrsam nehmen. . .". Der Pfandgläubiger soll die Pfandsache so besitzen, als wäre sie ihm vom Schuldner zu treuen Händen übergeben worden. — Im Rostocker Stadtrecht heißt es[124]: „Wann einer dem anderen Geld fürstrecket, auf sein bewegliches Erbe und Guth und dasselbe tradirt und angewiesen wird, also daß es sein Handhabend Pfand wäre, daran hat der Verpfänder seine Wiederlösung. . .". Die Pfandbestellung wird nach deutschem Recht geregelt. Ausdrücklich wird gesagt, daß das Faustpfand nur bei beweglichen Sachen möglich ist[126]: „Die Rechte eines Handhabenden Pfandes sollen nur in beweglichen, nicht aber in unbeweglichen Gühtern stattfinden". Die Trennung zwischen einer Hypothek an Grundstücken und dem Faustpfand an einer beweglichen Sache wird streng durchgeführt. — In der Bremer Verordnung über das Pfandrecht von 1848 wird deutlich ausgesprochen, daß nur durch Übergabe der Pfandsache ein Pfandrecht bestellt werden kann[127]: „Zur Sicherstellung der Forderungen, welche aus Handelsgeschäften entspringen, kann, sofern die Betheiligten dem Handelsstande angehören, dem Gläubiger von seinem Schuldner keinerlei Pfandrecht an beweglichen Gegenständen mit Ausnahme eines Faustpfandes ertheilt werden". Das trifft allerdings, wie aus der Bestimmung hervorgeht, nur für Kaufleute zu. — Das Oldenburger Recht von 1876 und das Braunschweiger Recht von 1878 stimmen im Wortlaut bezüglich der Vorschriften über die Pfandbestellung fast ganz überein: „Soll der Verpfänder selbst die Sache für den Gläubiger besitzen, so entsteht kein Pfandrecht"[128]. Das Braunschweiger Pfandgesetz sagt[129]: „Wenn ausgemacht ist, daß der Verpfänder selbst die Sache für den Gläubiger behalten soll, so entsteht kein Pfandrecht". Die Vermutung liegt nahe, daß beide Gesetze in einem Zusammenhang stehen, zumal auch andere Stellen übereinstimmen. Beide

123 Lübeck 1586: III 4, 9.
124 Rostock 1757: III 4, 3.
125 Lüneburg 1722: II 17.
126 Rostock 1757: III 4, 16.
127 Bremen 1848: § 1.
128 Oldenburg 1876: Art. 17. So auch zitiert Gierke, S. 966 Anm. 53. Anders Oldenburg 1814: § 20. So auch zitiert Gierke, S. 967 Anm. 57.
129 Braunschweig 1878: § 2. So auch zitiert Gierke, S. 964 Anm. 46.

regeln die Pfandbestellung nach deutschem Prinzip. — Bei den angeführten Gesetzen handelt es sich immer um eine Pfandbestellung durch Besitzübertragung an den Gläubiger.

Auch in **Mitteldeutschland** finden wir eine Pfandbestellung durch Gewereübertragung. In der Leipziger Schöffenspruchsammlung heißt es[130]: „. . . Hat Ticius sein gut versaczt zu pfande und verkauft das on des wort, dem es zu pfande gesaczt was: der das in seiner gewer hat, der hat die wilkor, ob er den verkaufer dorumb ansprechen will". Der Pfandschuldner verkauft eine Sache ohne Wissen und Willen seines Gläubigers. Da dieser die Sache in der Gewere hat, kann er gegen den Verkauf Einspruch erheben. Das Pfandrecht ist also durch Besitzübertragung entstanden und auf die Gewere gründet sich seine dingliche Wirkung. — In den Gesetzen, die nach 1800 entstanden sind, wird vielfach eine Besitzübertragung gefordert. So im Entwurf des Magdeburger Provinzialrechts von 1837[131]. Im Koburger Recht von 1870 heißt es[132]: „Die für das Faustpfand erforderliche Übergabe der Sache kann, wenn der Schuldner dieselbe innehat, nur so erfolgen, daß sie in den körperlichen Gewahrsam des Gläubigers übergeht". Diese Bestimmung beruht auf der deutschrechtlichen Einrichtung des Faustpfandes. Auch das Rudolstädter Hypothekengesetz von 1856 verlangt zur Pfandbestellung die Besitzübertragung[133]: „Vom 1. August ab können Pfandrechte an beweglichen Sachen . . . nur durch Übergabe derselben an den Pfandnehmer begründet werden". Aus dieser Bestimmung geht hervor, daß Rudolstadt wohl früher eine Mobiliarhypothek gekannt hat. Gierke[134] zitiert dieses Gesetz ausdrücklich dafür, daß im 19. Jahrhundert der germanische Grundgedanke der Publizität wieder vorherrschend wurde. — Das Anhalter Pfandgesetz von 1870 bestimmt[135]: „Ein Pfandrecht an beweglichen Sachen entsteht nur 1.) als Faustpfand durch Übergabe an den Gläubiger oder einen Vertreter desselben. . .".

Ostdeutschland. Im Schöffengericht von Krzemienica ist folgende Entscheidung verzeichnet[136]: „Wir erpscholcz vnd geschworen rechter vnd sehben scheppen wir zewegen, wy das ist kommen Matis Schal vor wnser gehegte bank vnd hot vermanet czwen scheppen embe eyn geczewgnos, da her hot Matis

---

130 Leipzig 15. Jahrhundert: Nr. 265.
131 Magdeburg nach 1837: § 30.
132 Koburg 1870: Art. 2. So auch zitiert Gierke, S. 966 Anm. 53.
133 Rudolstadt 1856: § 1 Abs. 2.
134 Gierke, S. 964 Anm. 46.
135 Anhalt 1870: § 1, ebenso § 5.
136 Krzemienica 1451—1482: Nr. 575.

Schal solth phant namen, vnd das hot der scheppe geczewget, wy das ym das phanth ist off der awen, weder app getreben, vnd das hot der scheppe geczewget: vnd off das geczewgnos hot Matis Schal sss (III) gelet". Diese Entscheidung ist nicht ganz eindeutig, m. E. handelt es sich darum, daß Schal eine Sache als Pfand im Besitz gehabt hat, ihm ist sie aber auf der Aue vom Schuldner wieder abgenommen worden. Das Pfandrecht ist also durch Gewereübertragung entstanden, es ist aber durch die Rücknahme der Pfandsache nicht erloschen, sondern nur unterbrochen worden. Es kann dadurch wiederhergestellt werden, daß der Gläubiger von neuem die Sache in seine Gewere nimmt. Für die Pfandnahme braucht er die Erlaubnis[137] des Gerichts[138]. Wäre das Pfandrecht erloschen, konnte der Kläger vom Gericht nicht die Erlaubnis zu einer Pfändung nur mit der Begründung erwirken, daß ihm die Pfandsache abgenommen worden ist. — In den Breslauer Statuten von 1588 wird bestimmt[139]: „Auff ein Pfand, so ein Theil dem anderen von wegen versessener Hausszinse . . . vermöge eines Schöppenbrieffes eingelegt, mag man zum nechsten ordentlichen Dinge alsbald procedieren, und solches Pfand von stat an, doch mit Wissenschaft der Gerichte, bitten zu verkauffen. Aber ein willig Pfand, so von einem Theil dem anderen, wegen gelihenen Geldes, oder aber anderer Schulden eingeräumet wird, und einer das Pfand länger nicht haben will, sol, nach Ordnung dieser Gerichte, zu vier Dingtagen auffgeboten werden. . ."[140]. Wichtig ist nur Satz 2. Der Schuldner hat dem Gläubiger das Pfand zwecks Bestellung eines Pfandrechts übergeben. Das geht aus dem Passus hervor „und einer das Pfand länger nicht haben will". Der Gläubiger will die Pfandsache nicht mehr im Besitz haben. Wenn er sein Recht auf Befriedigung aus der Pfandsache geltend machen will, muß er das Pfand aufbieten. — Im Sächsischen Gesetzbuch wird bestimmt[141]: „Das Pfandrecht an einer beweglichen Sache entsteht durch Faustpfand infolge einer auf dessen Begründung gerichteten Willenserklärung oder richterlichen Entscheidung durch Übergabe der Sache an den Glaubiger oder fur ihn an einen Dritten". Der Gläubiger hat die Berechtigung, das Pfand so lange zu besitzen, bis er vollstandige Befriedigung

---

[137] Ostfriesland 1746: III, 40 Anm. 1 verlangt ebenfalls bei wirksamer Pfandnahme richterliche Erlaubnis. Ebenso Eisenach 15. Jahrhundert: III 32 Satz 2.

[138] Breslau 1588: Art. 60.

[139] Der im Text gebrauchte Ausdruck „Zeugnis" ist m. E. hier einer richterlichen Erlaubnis gleichzusetzen, da auf Grund des Zeugnisses wohl eine Pfändung vorgenommen werden soll. Aus dem ursprünglich gesetzten Pfand wird dadurch ein genommenes Pfand.

[140] Ähnliche Rügen 1531: 51, 7.

[141] Sachsen 1863: § 466. So auch zitiert Gengler, S. 247 Anm. 1.

aus der Sache erlangt hat[142]. Die Verpfändung durch constitutum possessorium wird verboten[143].

Süddeutschland. Die Gesetze der süddeutschen Länder und Österreichs sind stark mit römischem Rechtsgut durchsetzt. Allerdings gibt es auch hier einige, die zur gültigen Pfandbestellung die Übertragung der Gewere an den Gläubiger fordern[144]. Die Nürnberger Reformation von 1522 bestimmt[145]: „Wie einer einich habe vñ gut verpfendet, oder pfandssweyss eingibt, das soll vnnd mag er auch ledigen vnd lösen zu den zeyten vnnd in aller dermass als das verpfendet ist wordñ". Die Verpfändung wird gleichgesetzt damit, daß die Sache dem Gläubiger zu einer pfandähnlichen Haftung übergeben wird. Die Pfandbestellung geschieht demnach durch Übergabe. Daß das Gesetz die Pfandbestellung als Faustpfand regelt, wird noch klarer an einer anderen Bestimmung[146]: „Was pfandt einer vmb ein Sum̃ oder Schuldt innhat die alle mag er pfandssweyss innenhaben vnd behalten solang vñ verr, biss er der gantzen Sum̃ oder schuldt gentzlich aussgericht vnd bezahlt wirdt"[147]. Der Pfandgläubiger soll den Besitz an der Pfandsache solange behalten, bis er die ganze Schuldsumme erhalten hat. Interessant ist, daß beide Reformationen Nürnbergs, sowohl die des 15. als auch die des 16. Jahrhunderts das Pfandrecht hinsichtlich der Publizität nach deutschem Recht regeln, trotzdem Nürnberg durch den damals blühenden Handel viele Beziehungen zu Italien hatte. — Das Badener Landrecht bestimmt[148]: „Wann nun einer ein ligend oder fahrendes Gut pfandweiss empfangen, ist er, als Schuldherr und des Pfandes Inhaber, in allweg verbunden, solches nicht weniger als sein eigen gut . . . zu verwahren". Weiter heißt es[149]: „Wann aber einer fahrende Haab von wegen einer Schuld versetzt, so hat der Gläubiger nicht macht, dieselbe seines gefallens anzugreifen. . .". Das Badener Landrecht bestimmt, daß der Gläubiger die Sache verwahren soll und verbietet ihm die Nutzung der Sache. Daraus ergibt sich, daß das Pfandrecht als Faustpfand bestellt werden konnte. Ob es mit Übertragung bestellt werden mußte, läßt sich aus der Stelle nicht entnehmen, kann aber angenommen werden, da über eine Bestellung als Hypothek im Badener Landrecht ausdrücklich nichts gesagt wird. — Das Württemberger Pfandgesetz von 1825 sagt[150]: „Gegenstand des Faustpfandes

142 Sachsen 1863: § 474.
143 Sachsen 1863: § 467. So auch zitiert Gierke, S. 966 Anm. 53.
144 Tirol 1603: II 63. Ebenso Tirol 1532: II 63.
145 Nürnberg 1522: 23, 3.
146 Ebenso Nürnberg 1479 (Beyerle): 23, 3.
147 Nürnberg 1522: 23, 8.
148 Ebenso Nürnberg 1479 (Beyerle): 23, 8.
149 Baden vor 1710: IV 16, 5.
150 Baden vor 1710: IV 16, 6.
150 Württemberg 1825: II 245 Abs. 1.

sind bewegliche Sachen und Activ-Forderungen". Über die Form, in der das Pfandrecht bestellt wird, sagt es[151]: „Es wird erworben durch die Übergabe der Sache zu Handen des Gläubigers oder auch eines Dritten, wenn der Gläubiger und Verpfänder darüber einig sind". — Die Wiener Wechselordnung von 1719 bestimmt[152]: „Ein Pfand, so ein Inhaber eines mit Protest zurück gekehrten oder allhier zu zahlen gestellten Wechsel-Brieffs von dem Ausgeber oder Endossenten zu seiner Sicherheit empfangen hat, solle von anderen Creditoribus mit keinem Arrest belegt werden können, als nur insoweit seine Praetension weniger beträgt; es soll auch der Brieff-Inhaber solches Pfand weder zum Theil noch gantz herauszugeben nicht können angehalten werden, bevor er sowol für sein Capital als Interesse und Unkosten vollkommen vergnügt ist". Der „Inhaber" ist hier der Pfandgläubiger, der „Aussteller" der Pfandschuldner. Der Wechsel geht protestiert an den Aussteller oder einen der Indossanten zurück. Wenn sie nicht zahlen können, ist es möglich, daß sie dem Inhaber des Wechsels für die Schuld ein Pfand bestellt haben. Die Pfandbestellung geht durch Besitzübertragung vor sich. Der Gläubiger kann die Herausgabe der Sache solange verweigern, bis er vollständig befriedigt ist. —

Im Österreichischen Gesetzbuch von 1811 heißt es[153]: „Um das Pfandrecht wirklich zu erwerben, muß der mit einem Titel versehene Gläubiger die verpfändete Sache, wenn sie beweglich ist, in Verwahrung nehmen. . . Der Titel allein gibt nur ein persönliches Recht zu der Sache, aber kein dingliches Recht auf die Sache". Das Gesetzbuch macht die dingliche Wirkung des Pfandrechts von der Übertragung des Besitzes an den Gläubiger abhängig. Wird der Besitz nicht übertragen, erlangt der Gläubiger durch die Verpfändung nur ein obligatorisches Recht auf Befriedigung aus der Sache. —

Die untersuchten Schweizer Gesetze und Rechtsquellen regeln das Pfandrecht mit einer einzigen Ausnahme[154] alle nach deutschem Recht. Die Öffnung von Oberwinterthur bestimmt[155]: „. . . vnnd ob einer einem pfannd gebe, sol er die ligen lassen acht tag vngeuarlich, vnnd wenn er die verganten wil, sol er im am abend das verkünden by sonnenschyn by des gerichtsbotten. . .". Der Pfandgläubiger soll die Sache bei sich liegen lassen, ohne sie zu gebrauchen. Dann soll er sie gerichtlich an den Meistbietenden verkaufen[156].

---

151 Württemberg 1825: II 245 Abs. 2. So auch zitiert Beseler, S. 394 Anm. 5.
152 Wien 1719: Art. 66.
153 Österreich 1811: § 451. So auch zitiert Gierke, S. 966 Anm. 53; Beseler, S. 394 Anm. 53; Gengler, S. 247 Anm. 1; E. Weiß, S. 60.
154 Siehe unten Seite 40. (Basel 1719).
155 Oberwinterthur 1472 (Grimm I): S. 127.
156 So erklärt Weigand I, S. 619 das Wort „verganten".

Ebenso spricht die Mülheimer Öffnung von Gewereübertragung[157]: „. . .vnd ob ainer von im kaufen will, der nit gelt hat, wenn er im dann pfand gibet, die dess trytten pfening besser seyndt. . .“[158]. Der zahlungsunfähige Käufer soll dem Verkäufer ein Pfand für die Kaufsumme geben, das drei Pfennig mehr wert ist als die Schuld. Das Zuchtbuch von Pfeffers bestimmt[159]: „Die fahrnussen sollen niemalen verbriefet werden oder zu einer Pfand dienen; wan aber einer die fahrnussen in des creditoren hand legte mit bedingnussen, sofern der Schuldner auf determinierte Zeit den creditoren nicht bezalte, dasz sodan die versetzte fahrnussen um den vorläufig angesezten preisz denen creditoren sein und verbleiben solle. . .“. Der Satz wird in der Quelle nicht zu Ende geführt. Wahrscheinlich endet er so, daß eine Verpfändung von Fahrnis als Faustpfand gestattet sein soll. Bewegliche Sachen können nur so verpfändet werden, daß sie als Verfallspfand dem Gläubiger in Besitz gegeben werden. Das ist eine Regelung, die auch bezüglich des Verfallspfandes ganz deutsch ist[160]. — Auch in den Schweizer Gesetzen des 19. Jahrhunderts wird nur von einer Verpfändung durch Besitzübertragung gesprochen. Das Gesetzbuch für den Kanton Schaffhausen von 1864 bestimmt[161]: „Der bloße Vertrag für sich allein erzeugt kein Pfandrecht an beweglichen Sachen“. Und weiter heißt es[162]: „Das Faustpfand wird begründet durch Hingabe der Sache zu Pfand“. — Das Gleiche schreibt der Entwurf zum Züricher Gesetzbuch vor[163]: „Der bloße Vertrag für sich allein erzeugt kein Pfandrecht an beweglichen Sachen, wohl aber ein Vertrag, der sich in der Hingabe der Sache zu Pfand als Faustpfand äußert“. — Die gleiche Regelung trifft der Entwurf des Schweizer Bundesgesetzes von 1881[164]: „Ein Pfandrecht an beweglichen Sachen . . . kann nur als Faustpfand bestellt werden. Die Bestellung geschieht durch Übergabe der Sache an den Pfandgläubiger oder an einen Stellvertreter desselben“[165]. Wir beobachten an allen aufgeführten Gesetzen die gleiche deutschrechtliche Einstellung. Die Pfandbestellung muß immer durch Besitzübertragung geschehen.

Westdeutschland. Die Wormser Reformation von 1498 bestimmt[166]: „Vor uch clag ich N gegen N, dem hab ich geluhen und dar gezelt 10 guldin und er mir benant und ver-

157 Mülheim 1475 (Grimm I): S. 262.
158 Ebenso Bubikon 1483: (Grimm I) S. 67.
159 Pfeffers 1523: (Grimm VI) S. 374; aus § 69.
160 Rechtsbuch nach Dist: III 14, 3; 17, 5; Gierke, S. 960; v. Meibom, S. 333 ff.; Stobbe-Lehmann, S. 306.
161 Schaffhausen 1864: § 785.
162 Schaffhausen 1864: § 786.
163 Zürich 1851: § 1160.
164 Schweiz 1881: § 210 Abs. 1.
165 Ebenso Schweiz 1883: § 210 Abs. 1.
166 Worms 1498 (Beyerle): II 1, 17 Abs. 1.

sprochen, ein U.pfands wysse inzustellen und zuübergeben, weigert sich des und helt mir solichs uff wider mynen willen. Bitt und beger zu erkennen, das er mir das pfand in stelle, ubergebe und volgen lasse mitsampt kosten und scheden etc.". Aus diesem Artikel der Prozeßordnung geht hervor, daß zu einer wirksamen Pfandbestellung die Übertragung des Besitzes an der Pfandsache notwendig ist. N klagt gegen N, daß er ihm die Pfandsache übergeben solle. Daraus läßt sich schließen, daß das Pfandrecht ohne Gewere nicht wirksam ist. Das wird durch die Vorschriften über das Pfandrecht bestätigt, die allerdings ausdrücklich nicht von einer Pfandbestellung durch Besitzübertragung sprechen. Man kann es nur aus anderen Bestimmungen — z. B. der Verwahrungspflicht des Pfandgläubigers[167] — folgern. — Der Code civil sagt[168]: „Le nantissement est un contrat, par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette". Das Pfandrecht wird als ein Vertrag definiert, durch den dem Gläubiger die Pfandsache vom Schuldner übergeben wird, um die Schuld zu sichern. Der Code civil regelt die Pfandbestellung also nach germanischem Recht. — Im Nassauer Pfandgesetz von 1851 heißt es[169]: „Das Pfandrecht an einer beweglichen Sache kann nur durch deren wirkliche Übergabe . . . bestellt werden. Das Pfandrecht entsteht also nach deutschem Recht als Faustpfand.

In manchen Gesetzen nach 1400 wird bestimmt, daß es zur gültigen Bestellung des Pfandrechts nicht nötig ist, daß der Pfandgläubiger persönlich den Besitz an der Pfandsache ausübt. Es genügt, wenn ein Dritter dieses für ihn tut. Allerdings muß es ein Dritter sein, der mit dem Schuldner nichts zu tun hat, so daß die Pfandsache ganz aus der Herrschaftssphäre des Schuldners herauskommt[170]. Diese Regelung findet sich nicht in den deutschen Gesetzen vor 1400[171]. Im mittelalterlichen deutschen Recht bringt jede Art von Besitzverlust, auch die Übergabe der Pfandsache an einen Dritten, das Pfandrecht zum Erlöschen[172]. Trotzdem entspricht die Pfandbestellung durch Übergabe der Sache an einen Dritten dem Publizitätsprinzip. Denn es genügt zur Erfüllung dieses Prinzips, daß der Schuldner weder den Besitz an der Sache noch die Verfügungsmacht darüber hat. Diese Tatsache wird aber jedem Dritten auch dann ersichtlich, wenn ein anderer als der Gläubiger für diesen den Besitz an der

---

167 Worms 1498 (Beyerle): V 3, 2.
168 Code civil 1803: Art. 2071 Abs. 1. So auch zitiert Bluntschli, S. 303 Anm. 2. Siehe auch Art. 2072.
169 Nassau 1851: § 41. So auch zitiert Gierke, S. 966 Anm. 54.
170 Ebenso für das heutige Recht R. Schmidt: Pfandbesitz, S. 6.
171 Stobbe-Lehmann, II, 2 S. 307.
172 Siehe oben S. 11 ff.

Pfandsache ausübt. Da diese Regelung also dem Publizitätsprinzip entspricht, ist anzunehmen, daß sie sich in den Gesetzen nach 1400 nicht unter dem Einfluß des römischen Rechts entwickelt hat. Meines Erachtens handelt es sich vielmehr um eine Weiterentwicklung der deutschrechtlichen Regelung, die dem Publizitätsprinzip entspricht, aber den strengen germanischen Satz „ohne Faust kein Pfand"[173] etwas mildert insofern, als es zur Pfandbestellung genügt, wenn ein anderer als der Gläubiger die Pfandsache in Besitz bekommt. In diesem Sinne bestimmt das Württemberger Pfandgegesetz von 1825[174]: „Gegenstand des Faustpfandes sind bewegliche Sachen, und Activ-Forderungen. Es wird erworben durch die Übergabe zu Händen des Gläubigers oder auch eines Dritten, wenn Gläubiger und Verpfänder darüber einig sind". — Auch das Züricher Gesetzbuch hat eine solche Bestimmung[175]: „Dagegen ist es durchaus nicht nötig, daß der Gläubiger den realen Besitz persönlich ausübt. Er kann auch durch Vermittlung eines Dritten Stellvertreters besitzen". — Das Sächsische Gesetzbuch kennt ebenfalls diese Regelung[176]: „Das Pfandrecht an einer beweglichen Sache entsteht als Faustpfand infolge einer auf dessen Begründung gerichteten Willenserklärung oder richterlichen Entscheidung durch Übergabe der Sache an den Gläubiger oder für ihn an einen Dritten". —

II. Das Verbot der Verpfändung durch constitutum possessorium.

Im Pfandrecht des 19. Jahrhunderts haben wir mehrere Bestimmungen, die eine Pfandbestellung durch constitutum possessorium verbieten. Diese Bestimmungen ergeben sich zwangsläufig aus dem germanischen Grundsatz „ohne Besitz kein Pfand". In diesem Sinne bestimmt das Oldenburger Recht von 1876[177]: „Soll der Verpfänder selbst die Sache für den Gläubiger besitzen, so entsteht kein Pfandrecht". Ebenso bestimmt das Braunschweiger Pfandrecht von 1878[178]: „Wenn ausgemacht ist, daß der Verpfänder selbst die Sache für den Gläubiger behalten soll, so entsteht kein Pfandrecht". — Das Koburger Pfandrecht sagt über die Art der Besitzübertragung[179]: „Durch die Erklärung des Schuldners, daß er den Besitz im Namen des Gläubigers ausüben wolle (constitutum possessorium), wird den Erfordernissen der Besitzüber-

---

173 Hübner, S. 470.
174 Württemberg 1825: II 245.
175 Zürich 1851: § 1162.
176 Sachsen 1863: § 466.
177 Oldenburg 1876: Art. 17. So auch zitiert Gierke, S. 966 Anm. 53.
178 Braunschweig 1878: § 2.
179 Koburg 1870: Art. 2, Abs. 2. So auch zitiert Gierke, S. 966 Anm. 53.

tragung nicht genügt". — Auch das Sächsische Gesetzbuch verbietet die Übertragung der Pfandsache durch constitutum possessorium[180]: „Soll der Verpfänder die Sache für den Pfandgläubiger inne behalten, so entsteht kein Pfandrecht". — Von den süddeutschen Quellen kennt nur das Züricher Gesetzbuch eine solche ausdrückliche Bestimmung[181]: „. . .Er [der Pfandschuldner] kann aber nicht in der Weise ein Faustpfand bestellen, daß er im Namen und zu Gunsten des Gläubigers den Besitz ausübt".

III. Die jüngere Satzung.

Daß die jüngere Satzung im Recht des deutschen Mittelalters ein Pfandrecht ist, das eine beschränkte dingliche Wirksamkeit hat, ist oben dargelegt[182]. Zu betonen ist hier noch einmal, daß nur die Pfandbestellung als jüngere Satzung angesehen werden kann, die in einem Pfandregister eingetragen werden muß. Solche Bestimmungen finden sich in verschiedenen Rechten nach 1400.

Norddeutschland. Das Hamburger Recht von 1497 bestimmt[183]: „Wor eyn man by slapender tyd varet uth de stad, wyl he syn gud vorsetten, unde ys varende gud edder kysten pand: dat en mach he nycht vorsetten, sunnder vor twen craftyghen luden". Kistenpfand ist nach Stobbe-Lehmann ein verpfändetes Grundstuck, das zur schnelleren Abwicklung der Verwertung durch Mobiliarexekution versilbert werden soll[184]. Der Schuldner will fahrende Habe wahrend der Nacht versetzen, weil er aus der Stadt fährt. Das kann er wirksam nur tun, wenn zwei kräftige Leute – zwei Männer, die körperlich und besonders geistig ganz gesund sind – Zeuge sind. Es wird hier weder gesagt, ob es sich um eine Verpfandung ohne Besitzübertragung handelt, noch ob die Verpfändung in ein Register eingetragen wird. Es ist also außerordentlich zweifelhaft, ob es sich um eine Pfandbestellung nach jüngerer Satzung handelt. Ich mochte es verneinen. — Anders ist es im Oldenburger Pfandrecht[185]: „An den zum Erwerb durch Seefahrt bestimmten Schiffen, welche auf Grund der reichsgesetzlichen Vorschriften in das Schiffsregister des Herzogthums Oldenburg eingetragen sind, sowie an den Parten solcher Schiffe entsteht . . . ein Pfandrecht nur durch Eintragung in ein Schiffspfandregister". Hier handelt es sich tat-

180 Sachsen 1863: § 467. So auch zitiert Gierke, S. 966 Anm. 53.
181 Zürich 1851: § 1161.
182 Siehe oben S. 8 ff.
183 Hamburg 1497: H VIII.
184 Stobbe-Lehmann, II, 2, S. 137 Anm. 28; Planitz: Grundpfandrecht, S. 161/62; a. A. v. Amira: Obligationenrecht, S. 210; v. Meibom, S. 423; Planck, II, S. 353/54.
185 Oldenburg 1876: Art. 1.

sächlich um eine Pfandbestellung nach jüngerer Satzung, die, wie oben dargelegt, im deutschen Recht für Schiffe durchaus üblich war. Die Verpfändung geschieht nicht durch Einigung und Übergabe, sondern durch Einigung und Eintragung in das Pfandregister.

Ostdeutschland. In der Böhmischen Landordnung heißt es[186]: „So jemand versetzt sein Erbgut Schuld weiss, vnd lässts in der Landtaffel verschreiben, oder ein Brieff darüber auffrichten, vnd behält jhm zuvor die Ablösung, vnnd so in solche Verschreibung stehet, so er ein halb Jahr zuvor mit einem Brieff von der Landtaffel auffkündiget, daß er ablösen solle, solche Verpfändung oder Ablösung verschweigt sich[187] nicht". Hier wird von einer Registereintragung, von einer Eintragung des Pfandrechts in die Landtafel gesprochen. Diese Eintragung geschieht wohl hauptsächlich deshalb, damit verhindert wird, daß der Gläubiger durch Nichtausübung des Pfandrechts das Recht verliert. Ob hier ein Faustpfand in das Register eingetragen wird oder eine Hypothek, läßt sich m. E. nicht entscheiden. Es ist auch möglich, daß hier von der Verpfändung eines Grundstücks gesprochen wird. Im Sachsenspiegel kann Erbe Nachlaß aber auch Grundstück heißen[188], ebenso wie Gut Vermögen, Fahrnis oder Grundstück, bedeuten kann[189].

In **Süddeutschland** ist eine Pfandbestellung nach jüngerer Satzung ziemlich häufig. Hauptsächlich trifft man sie in den Schweizer Gesetzen des 19. Jahrhunderts. Der Entwurf des Züricher Gesetzbuches von 1851 bestimmt[190]: „Mit Bewilligung des Bezirksgerichtspräsidenten kann ein Pfandrecht an beweglichen Sachen auch ohne Übertragung des Besitzes an den Gläubiger, durch Eintragung in das öffentliche Pfandbuch des Gemeindeamanns bestellt werden". — Ebenso sagt das Schaffhausener Gesetzbuch von 1864[191]: „Mit Bewilligung des Bezirksgerichtspräsidenten kann ein Pfandrecht an beweglichen Sachen auch ohne Übertragung des Besitzes an den Gläubiger in das öffentliche Pfandbuch der betreffenden Gemeinde bestellt werden". Über den Zeitpunkt der Entstehung des Pfandrechts wird bestimmt[192]: „Das Pfandrecht entsteht mit der Eintragung in das Pfandbuch". In beiden Gesetzen wird die Pfandbestellung ohne Besitzübertragung nicht allgemein erlaubt, sondern sie kann nur mit Be-

---

186 Böhmen 1565: Q IV.
187 Hirsch: Sachsenspiegel, S. 55, erklärt den Begriff „sich verschweigen" dahin, daß jemand durch Nichtausübung eines Rechtes das Recht verliert.
188 Hirsch: Sachsenspiegel, S. 308.
189 Hirsch: Sachsenspiegel, S. 317.
190 Zürich 1851: § 1180.
191 Schaffhausen 1864: § 805.
192 Schaffhausen 1864: § 812.

willigung des Bezirksgerichtspräsidenten geschehen. Das Schaffhausener Recht hat noch eine besondere Einschränkung[193]: „Dieses Pfandrecht ist zunächst auf die Dauer eines Jahres . . . beschränkt. . .". In beiden Gesetzen hat die Pfandbestellung nach jüngerer Satzung dingliche Wirkung[194]. Diese Gesetze haben tatsächlich eine Pfandbestellung nach jüngerer Satzung, da das Pfandrecht ohne Besitzübertragung nur durch Eintragung in ein für Pfandrechte bestimmtes Register wirksam bestellt werden kann. Wie oben dargelegt, hat das Pfandrecht, das nach jüngerer Satzung bestellt wird, im deutschen mittelalterlichen Recht nur eine beschränkte dingliche Wirkung. Daß in der Schweiz ein derartiges Pfandrecht volle dingliche Wirkung hat[195], ist vielleicht so zu erklären, daß das Pfandregister als Parallele des Grundbuchs sich entwickelt hat und ihm dadurch die gleichen dinglichen Wirkungen hinsichtlich der Pfandbestellung gegeben wurden wie dem Grundbuch. Bei dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht 1883 wurden allerdings die kantonalen Bestimmungen über die Mobiliarhypothek durch die Einführung des Faustpfandes (§ 210 Abs. 1 Obl.R.) außer Kraft gesetzt. Nur in drei Fällen bleiben sie nach dem Obligationenrecht ausdrücklich gestattet: Bei Verpfändung von Vieh[196], bei Verpfändung von Mobilien als Zubehör von Immobilen[197] und bei Verpfändung von grundversicherten Forderungen[198]. In allen anderen Fällen ist die Mobiliarhypothek der kantonalen Gesetzgebung zugunsten des Faustpfandes des Obligationenrechts verboten[199]. — Für einen ganz bestimmten Fall hat auch das Österreichische Gesetzbuch von 1811 eine Pfandbestellung nach jüngerer Satzung[200]: „Der Pfandinhaber kann sein Pfand, insoweit er ein Recht darauf hat, einem Dritten weiterverpfänden und insofern wird es zum Afterpfand, wenn zugleich letzterer sich dasselbe übergeben oder die Afterverpfändung auf das Pfandrecht in die öffentlichen Bücher eintragen läßt". Für den Fall der Weiterverpfandung seitens des Pfandgläubigers kann hier das Pfandrecht des creditor secundus durch Eintragung bestellt werden. Dieses Pfandrecht wird ausdrücklich als Afterpfand erklärt, was v. Meibom[201] und Kohler[202] übereinstimmend für die Weiterverpfändung im mittelalterlichen Recht bestreiten.

---

193 Schaffhausen 1864: § 815.
194 Huber: Privatrecht, IV S. 447.
195 Huber: Privatrecht, IV S. 447.
196 Schweiz 1883: § 210 Abs. 3.
197 Schweiz 1883: § 211. Ebenso Bayern 1822: § 3. So auch zitiert Beseler, S. 394 Anm. 5.
198 Schweiz 1883: § 215.
199 Huber: Privatrecht, IV S. 447.
200 Österreich 1811: § 454 a. E.
201 Meibom, S. 340.
202 Kohler, S. 18.

§ 7: Das Ende des Pfandrechts.

I. Der freiwillige Besitzverlust.

Wie oben[203] dargelegt, geht im deutschen mittelalterlichen Recht das Pfandrecht unter, wenn der Gläubiger die Gewere an der Pfandsache aufgibt, insbesondere wenn er die Sache dem Schuldner zurückgibt. Für das Erlöschen des Pfandrechts ist es gleichgültig, welchen Willen der Gläubiger bei der Zurückgabe der Sache hat, ob er auf das Phandrecht verzichten will oder nicht. Denn nach dem Grundsatz der Offenkundigkeit muß der Gläubiger die Pfandsache behalten, da sonst die beschränkte Verfügungsmacht des Schuldners verschleiert würde.

Norddeutschland. Das Rostocker Recht von 1757 bestimmt, daß das Pfandrecht untergeht, wenn der Pfandgläubiger gestattet, daß die Sache an einen anderen Ort gebracht wird[204]: „Wiederum versetzt einer etwas von seinem beweglichen Guth und übergiebt es als Handhabend Pfand; verstattet denn derjenige, dem das Guth verpfändet war, daß dasselbe an andere Örter gebracht, oder sonsten verwandelt oder verändert, und also aus seiner Gewehr kommt, so ist es nicht mehr sein Pfand". Das Pfandrecht erlischt, wenn der Gläubiger seinen Besitz aufgibt. — Ebenso sagt das Lübecker Recht von 1586[205/6]: „Widerumb vorsetzt einer etwas von seinem beweglichen Gute, vnd ubergibt es als ein handthabendt Pfandt, vorstatet dann der jenige, dem das Gut vorpfandet war, das dasselbe an andere Oerter gebracht oder sonsten vorwandelt oder vorandert, vnd also aus seiner gewehr kömpt, so ist es nicht mehr sein Pfandt." Zu beachten ist hierbei: der Pfandgläubiger muß „verstatten", daß das Pfand nicht mehr in seiner Gewere bleibt; der Besitzverlust ist also freiwillig. Es genügt, daß der Besitz auf irgendeine Weise verloren geht. Nicht notwendig ist, daß der Pfandschuldner den Besitz zurückerhält, sondern jede Art von Besitzverlust bringt das Pfandrecht zum Erlöschen. — Im Hannoverschen Pfandgesetz von 1864 wird bestimmt[207]: „Das Faustpfand erlischt, sobald der Pfandgegenstand mit Zustimmung des Gläubigers in den natürlichen Besitz des Verpfänders zurückgelangt". Die Pfandsache wird dem Schuldner zurückgegeben und damit erlischt das Pfandrecht. Das gleiche gilt für das Oldenburgische Pfandgesetz von 1876[208]: „Das Faustpfand erlischt, sobald der Pfand-

---

203 Siehe oben S. 11 ff.
204 Rostock 1757: III 4, 5.
205/6 Lübeck 1586: III, 4, 5. So auch zitiert Gierke, S. 966, Anm. 54; H. Meyer: Neuere Satzung, S. 45; Beseler, S. 394, Anm. 5.
207 Hannover 1864: § 44.
208 Oldenburg 1876: Art. 19. So auch zitiert Gierke, S. 966 Anm. 54.

gegenstand mit Zustimmung des Gläubigers in den Besitz des Verpfänders zurückgelangt ist". Denselben Gedanken enthält das Braunschweigische Pfandrecht von 1878[209]: „Das Faustpfand erlischt, sobald der Pfandgegenstand mit Zustimmung des Gläubigers in den Gewahrsam des Verpfänders oder der Rechtsnachfolger desselben gelangt ist". In diesen drei Gesetzen au dem 19. Jahrhundert hat sich das deutschrechtliche Prinzip demnach erhalten.

Ostdeutschland. Das Sächsische Gesetzbuch von 1863 hat folgende Vorschrift[210]: „Das Faustpfand erlöscht, wenn der Pfandgläubiger dem Verpfänder die Sache zurückgibt".

Süddeutschland. Auch im süddeutschen Rechtskreis hat sich diese Regelung in manchen Gesetzen erhalten. Das Schweizer Bundesgesetz für das Obligationenrecht von 1883 bestimmt[211]: „Das Faustpfandrecht verliert seine Wirksamkeit, solange sich das Pfand mit Willen des Faustpfandgläubigers im Gewahrsam des Verpfänders befindet"[212]. Allerdings ist hier ein Unterschied in der Regelung zu den norddeutschen Gesetzen zu finden. In den zitierten Gesetzen Norddeutschlands erlischt das Pfandrecht bei Rückgabe der Sache an den Pfandschuldner; um ein Pfandrecht wirksam wieder entstehen zu lassen, müßte ein ganz neuer Pfandvertrag abgeschlossen werden. Im Schweizer Obligationenrecht ebenso wie im Zivilgesetzbuch[213] verliert das Pfandrecht seine Wirkung für die Zeit, in der der Pfandschuldner die Sache besitzt. Gibt er die Sache dem Pfandgläubiger wieder, so hat das Pfandrecht auch ohne Abschluß eines neuen Pfandvertrages wieder die volle dingliche Wirkung[214]. — Im Württemberger Pfandgesetz von 1825 wird gesagt[215]: „Mit der Rückgabe des Faustpfandes verliert der Gläubiger das darauf haftende Pfandrecht. Kommt die Sache ohne sein Zutun in andere Hände, so kann er gleichwohl jenes Recht gegen denjenigen nicht geltend machen, welcher in der Zwischenzeit in gutem Glauben ein Recht darauf erworben hat". Satz 1 der Stelle sagt, daß der Gläubiger sein Pfandrecht bei freiwilligem Besitzverlust (Rückgabe des Faustpfandes) verliere.

II. Der unfreiwillige Besitzverlust.

An dieser Stelle muß noch auf eine Bestimmung hingewiesen werden, die sich in einigen Gesetzen nach 1400 findet und

---

[209] Braunschweig 1878: § 4. So auch zitiert Gierke, S. 966 Anm. 54.
[210] Sachsen 1863: § 486. So auch zitiert Gierke, S. 966, Anm. 54.
[211] Schweiz 1883: § 219.
[212] So auch Schweiz 1881: § 219.
[213] Schweiz, 1907: Art. 888.
[214] Leemann: S. 1097.
[215] Württemberg 1825: II 258.

die weder dem römischen[216] noch dem deutschen mittelalterlichen[217] Recht entnommen ist: Das Erlöschen des Pfandrechts durch unfreiwilligen Besitzverlust. Vermutlich haben wir es hier mit einer verschärften Weiterbildung des deutschen Rechts zu tun. Der Entwurf des Züricher Gesetzbuches bestimmt[218]: „Verliert der Faustpfandgläubiger, gleichviel aus welchem Grunde, den Besitz des Pfandes, und ist er außerstand, denselben wieder herzustellen, so ist dadurch sein Pfandrecht zerstört". Der Gläubiger geht seines Pfandrechts selbst dann verlustig, wenn das Pfand ganz ohne seinen Willen aus seinem Besitz gekommen ist. — Ebenso sagt das Württemberger Pfandgesetz[219]: „Kommt die Sache ohne sein [des Gläubigers] Zutun in andere Hände, so kann er gleichwohl jenes Recht gegen denjenigen nicht geltend machen, welcher in der Zwischenzeit im guten Glauben ein Recht darauf erworben hat". Das Pfandrecht geht zwar nicht unter, kann aber gegen einen gutgläubigen Erwerber der Pfandsache nicht geltend gemacht werden[220]. Diese Regelung steht im Gegensatz zum deutschen Recht, wo bei dieblichem Verlust der Entwehrte die Sache von jedem zurückfordern konnte. —

Abschnitt II:
Die Gesetze mit römichem Rechtsgut.

Unter Gesetzen mit römischem Rechtsgut sind nicht nur solche zu verstehen, die hinsichtlich der Vorschriften über die Pfandbestellung römisches Rechtsgut enthalten, sondern auch solche, die zwar eine germanische Pfandbestellung beibehalten haben, aber hinsichtlich der Bestimmungen über das Ende des Pfandrechts römisch beeinflußt sind.

§ 8: Die Pfandbestellung.

I. Die römische Pfandbestellung.

In den Gesetzen nach 1400, die römisches Rechtsgut enthalten, wird meist bei der Pfandbestellung die Möglichkeit gelassen, auf beide Arten — als Hypothek und als Faustpfand — das Pfandrecht zu bestellen. Da die Pfandbestellung durch Gewereübertragung die Hauptform des deutschen Pfandrechts ist, aber auch im römischen Recht vorkommt[221], ist es kaum

216 Frankenberg III 29.
217 Stobbe-Lehmann II 2, S. 330, Anm. 66. Gierke, S. 966, Anm. 54.
218 Zürich 1851: § 1172.
219 Württemberg 1825: II 258 Satz 2.
220 Anders Braunschweig 1878: § 5, wo das Pfandrecht, wenn die Pfandsache dem Gläubiger abhanden gekommen ist, gegen jeden Erwerber geltend gemacht werden kann.
221 z. B. D XIII 7, 1 (s. oben S. 16).

möglich, mit Sicherheit zu sagen, ob die Pfandbestellung durch Übergabe römischen oder deutschen Ursprungs ist. Eine generelle Richtlinie läßt sich keinesfalls dafür aufstellen, man kann dies nur in einigen Fällen untersuchen.

Norddeutschland. Eines der wenigen Rechte Norddeutschlands, die eine Pfandbestellung ohne Gewereübertragung kennen, sind die Hamburger Statuten von 1603. Diese gestatten eine Pfandbestellung durch bloßen Vertrag[222]: „Wann ein Gläubiger in seines Schuldners beweglichem Gut, Verpfändung hat, und ihm doch dasselbe in seinen Gewehren gelassen, der Schuldner aber mittelst, ehe dann der Zahlungs Termin kommen, solche verpfändete fahrende Haab verhandelt, oder in andere Hände gebracht, so wollen Wir, dass auff den Fall zu befürderung gemeiner Handthierung und Vermeidung beschwerlicher disputation der Gläubiger die verpfändete bewegliche Güter, von denen Personen, die sie mit gutem Glauben und richtiger Ankunfft erlangt, wiederumb abzufordern nicht befugt seyn sol. . .". Es wäre zu untersuchen, ob diese Stelle römischen oder deutschen Ursprungs ist. H. Meyer[223] zitiert sie, um zu beweisen, daß die jüngere Satzung sachenrechtlichen Charakter hat. Er geht davon aus, daß die Stelle der Hamburger Statuten deutschrechtlichen Ursprungs ist. Er übersieht hierbei, daß die Pfandbestellung, wenn sie ohne Besitzübertragung geschieht, in ein Register eingetragen werden muß[224]. Von dieser Art der Satzung spricht auch der von H. Meyer zitierte Meibom[225]. Von einer Eintragung des Pfandrechts ist aber in den Hamburger Statuten jedenfalls in II 4,2 nicht die Rede. Erst an einer ganz anderen Stelle wird bestimmt, daß die Pfandbestellung durch Eintragung in ein Register bei einer Mehrheit von Pfandrechten an einer Sache den Vorzug vor den nichteingetragenen Hypotheken hat[226]. „Wann wegen Vorzugs der Gläubiger Streit vorfallt, so sol zu forderst, was vor dem Rathe verlassen, und in das Stadtbuch verzeichnet worden, allen anderen Verpfandungen, so nicht vor dem Rathe beschehen und eingeschrieben, vorgezogen werden". Daraus und aus II 4,2 geht hervor, daß die Pfandbestellung auch ohne Registereintragung vor sich gehen kann. Dieser Auffassung sind auch Gierke[227] und Stobbe-Lehmann[228], die beide diese Stelle des Hamburger Statuts für ihre Auffassung zitieren, daß diese ursprünglich dem römischen Recht

---

222 Hamburg 1603: II 4,2.
223 H. Meyer: Neuere Satzung, S. 81.
224 H. Meyer sagt das selbst in Neuerer Satzung, S. 81. (s. oben S. 6).
225 v. Meibom, S. 442.
226 Hamburg 1603: II 5,1. So auch zitiert Eichhorn: Privatrecht, S. 492 Anm. 1.
227 Gierke, S. 964, Anm. 41.
228 Stobbe-Lehmann, II, 2, S. 413, Anm. 35.

entstammende Stelle durch deutschrechtliche Einflüsse in ihrer dinglichen Wirkung eingeschränkt worden ist. Diese Ansicht erscheint mir richtig. Die Verpfändung geschieht durch Vertrag ohne Übergabe der Pfandsache an den Gläubiger. Da diese Art der Pfandbestellung dem deutschen Rechtsdenken widerspricht, hat das Hamburger Recht sie in ihrer dinglichen Wirkung abgeschwächt. Im römischen Recht richtet sich die Hypothek gegen jedermann. In II 4,2 hat das Recht nicht gegen jeden dingliche Wirkung, sondern nur gegen den Pfandschuldner und gegen einen bösgläubigen Drittenerwerber. Die Dinglichkeit ist durchbrochen zugunsten des gutgläubigen Erwerbers. Der Grundsatz „Hand wahre Hand" findet also bezüglich des gutgläubigen Erwerbers Anwendung. Dieser Grundsatz ist aber ebenfalls insofern eingeschränkt, als in II 4,2 der Pfandgläubiger gegen den bösgläubigen Dritten einen Anspruch auf Herausgabe der Sache hat. Das ist aber nach „Hand wahre Hand" weder gegen den gutgläubigen noch gegen den bösgläubigen Dritterwerber möglich. Hinsichtlich eines bösgläubigen Erwerbers findet er also keine Anwendung, da der Pfandgläubiger die Sache von diesem herausverlangen kann. — Im Danziger Statutarrecht von 1793 wird nicht ganz klar, ob es sich um eine Verpfändung nach römischem Recht handelt. Die Stelle bestimmt, daß der Schuldner die Pfandsache weiterverpfänden kann[229] und dem creditor secundus die frühere Verpfändung bekanntgemacht werden muß[230]. Dann heißt es[231]: „Ist die Bekanntmachung unterblieben, so verliert der erste Pfandgläubiger sein Vorrecht selbst dann nicht, wenn das Pfand dem zweiten Pfandgläubiger übergeben wurde". Daraus geht hervor, daß der erste Gläubiger die Sache nicht in Besitz bekommen haben kann, daß also die erste Verpfändung durch Hypothek vor sich gegangen ist. Außerdem erkennen wir, daß das jüngere Faustpfand der Hypothek im Range immer nachgeht. Es handelt sich also um eine römische Regelung.

Mitteldeutschland. Das Magdeburger Recht bestimmt[232]: „Dann was die beweglichen Güter oder fahrende Habe anlanget, können solche von dem, welchem sie zugehören, seiner Gelegenheit nach ohne einige Solennität beständiglich wol verpfändet werden". Es fragt sich, was der Passus „ohne einige Solennität" zu bedeuten hat. Er wird gegenübergestellt der Bestimmung, daß die unbeweglichen Güter vor Gericht verpfändet werden sollen[233]: „aber unbewegliche Erbgüter müssen . . . vor der Obrigkeit verpfändet und insin-

229 Danzig 1793: § 267.
230 Danzig 1793: § 268.
231 Danzig 1793: § 269.
232 Magdeburg 1625: 62 Abs. 2.
233 Magdeburg 1625: 62 Abs. 3.

niret . . . werden". Grundstücke werden nicht durch Übergabe, sondern durch Eintragung verpfändet. Wenn die Fahrnis durch Besitzübertragung verpfändet werden soll, hätte man also folgerichtig gegenüberstellen müssen: Eintragung bei Verpfändung der Grundstücke — Besitzübertragung bei Verpfändung von Fahrnis. Da das nicht geschehen ist, sondern bezüglich der Verpfändung von Fahrnis nur gesagt ist, daß sie „ohne einige Solennität" vor sich geht, demnach wohl Eintragung bei Grundstücken der Nichteintragung bei Fahrnis gegenübergestellt wird — nur darauf also zur Unterscheidung Wert gelegt wird —, erscheint mir der Schluß nicht falsch, daß die Pfandbestellung an Fahrnis ohne Besitzübertragung vor sich gehen kann. — Die gleiche Auslegungsfrage erhebt sich bei der Koburg-Gothaischen Gerichtsordnung von 1670[234]: „. . . Welche aber ausdrückliche Verpfändung haben, wenn sie solcher auf fahrender Haab, oder an aussenstehenden Schulden, oder Nominibus haben, ist die Verpfändung kräfftigt, obgleich keine Solennität darbey vorgegangen. Aber unbewegliche Güter sollen Landüblichen Sächsis. Rechten nach vor der Obrigkeit und Gerichten, darinnen solche Güter gelegen, verpfändet und daselbst insinuiret, oder gunst und Consens darüber ausgebracht werden. . .". Hier haben wir die gleiche Gegenüberstellung wie in der Magdeburger Willkür von 1625 und müssen zu dem gleichen Ergebnis kommen: Es ist zwar nicht mit Sicherheit zu sagen, ob es sich um eine römisch beeinflußte Stelle handelt, der Schluß ist aber doch sehr naheliegend. Unterstützt wird diese Annahme bei der Koburg-Gothaischen Gerichtsordnung noch dadurch, daß bei der Verpfändung von Liegenschaften auf die Bestimmung des Sachsischen Rechtes, des Sachsenspiegels zurückgegriffen wird[235]. Da der Sachsenspiegel für die Verpfändung von Fahrnis die Form des Faustpfandes vorschreibt, und sich die Gerichtsordnung hinsichtlich des Fahrnispfandrechts in Gegensatz zum Sachsischen Landrecht setzt, ist es auch aus diesem Grunde möglich, daß die Stelle hinsichtlich des Fahrnispfandrechts auf romisches Recht zurückgeht. Daß es eine Mobilia:hypothek im Koburg-Gothaischen Recht gibt, wird an einer anderen Stelle deutlich[236]: [I] Und dieses [nämlich die Bestimmung, daß der Rang der Pfandrechte sich nach ihrem Alter bestimmt] soll auch statthaben, wenn gleich der, so nach einem anderen erst ein dinglich Recht erlanget, die Possess des Guts, welches vor ihm einem anderen verpfändet gewesen bekommen hatte; [II] Denn obwohl sonst, wenn einer ein Gut, so jemanden andern zuvor verpfändet gewesen erlanget, und in Gewähr und in seinen Possess be-

234 Koburg-Gotha 1670: I 18,1, Abs. 9.
235 Ssp. I, 8,1.
236 Koburg-Gotha 1670: I 18,1 Abs. 9 a. E.

kömmt, ihn der Gläubiger so das Ius hypotheca hat, nicht ehe belangen kan, er habe denn den Selbstschuldner gnugsam exentiret, und könne sich an demselben nicht erholen; [I] Soll doch solches auf den Fall, wenn der posterior Creditor etwas in seine Gewähr bringet, nicht stattfinden, sondern es soll der posterior Creditor dem Priori, oder dem es vorhero verpfändet gewesen, solches, ohne vorhergehende Excussion des Principal-Schuldners, wiederum abzutreten schuldig seyn". Im ersten Fall ist dem creditor primus die Sache durch Besitzübertragung verpfändet worden, dieser hat den Besitz dann verloren und nun hat der creditor secundus ein Pfandrecht an derselben Sache auch durch Übertragung des Besitzes erlangt. Der erste Pfandgläubiger hat sein Pfandrecht nicht verloren[237]. Die Pfandrechte sind gleichwertig und werden nach ihrem Rang befriedigt. Im zweiten Fall hat der creditor primus durch Hypothek, der creditor secundus durch Besitzübertragung ein Pfandrecht an derselben Sache erlangt. Dann geht das jüngere Faustpfand der älteren Hypothek vor. Eine Pfandbestellung durch Mobiliarhypothek ist also möglich. Der deutsche Einfluß hat sich aber insofern geltend gemacht, als der Grundsatz: Die Befriedigung der Gläubiger geschieht nach dem Range der Pfandrechte, durchbrochen ist und das jüngere Faustpfand bei der Befriedigung einer älteren Hypothek vorgezogen wird. — Im Weimar-Eisenachischen Pfandrecht von 1839 heißt es[238]: „Der Pfandgläubiger hat, sobald er überhaupt Befriedigung zu erlangen befugt ist, behufs derselben das Recht, die verpfändeten Gegenstände in gerichtlichen Beschlag zu nehmen, und, soweit nöthig, gerichtlich versteigern zu lassen". Es ist deutlich, daß es sich um eine hypothekarische Pfandbestellung handeln muß: Die Sache wird verpfändet, aber erst wenn die Schuld fällig wird, kann der Pfandgläubiger sie gerichtlich mit Beschlag belegen. Hätte er den Pfandbesitz an der Sache durch die Bestellung des Pfandrechts erhalten, würde sich eine solche Maßnahme erübrigen. Wir haben es hier also mit einer hypothekarischen Verpfändung auch insoweit zu tun, als der Gläubiger nach Fälligkeit der Forderung das Recht hat, die verhaftete Sache in Besitz zu nehmen[239]. Das Weimar-Eisenachische Pfandrecht ist also römisch beeinflußt und damit eine Ausnahme zu der Regel, daß die Gesetze nach 1800 auf deutschrechtliche Grundsätze zurückgreifen[240].

Süddeutschland. In den Freiburger Statuten von 1520 heißt es[241]: „Welchem varende pfand als silbergeschir . . .

---

237 Die Pfandsache muß dem Gläubiger demnach abhanden gekommen sein.
238 Weimar-Eisenach, 1839: § 100.
239 Sohm: Institution, S. 345 (1928).
240 Gierke, S. 964.
241 Freiburg 1520: II 8,1. So auch zitiert Gierke, S. 964, Anm. 40.

ingesetzt werden, die sol vnd mag ein yeder in sin gewaltsam nēmen vñ an sin nagel henckē, dan thůt ers nit, vnd lassts hinder dem schuldner ligen, ob dann ander glaubiger infielen, vñ solche vnderpfand ouch fröneten, so mag der erste Pfandherr sich solcher insatzung halb, er hab ein verschribung oder nit, nit behelffen, sondern der sol mā den angriff lassen gan. . ."[242]. In dieser Stelle findet sowohl das Faustpfand als auch die Hypothek ihre Regelung. Der Pfandgläubiger soll und mag die Pfandsache in seinen Gewahrsam nehmen, er muß es aber nicht tun, auch ohne die Besitznahme entsteht das Pfandrecht. Es wird ihm jedoch empfohlen. Denn wenn ein anderer Gläubiger des Pfandschuldners die Pfandsache ebenfalls pfändet, wird der erste Pfandgläubiger in seinem Pfandrecht nicht geschützt. Das Pfandrecht durch hypothekarische Bestellung hat demnach keine dingliche Wirkung. Es handelt sich also um eine Stelle, die dem römischen Recht entnommen ist. Die Dinglichkeit der Hypothek ist aber wegen der Unklarheit, die sich aus der Besitzlage der Pfandsache für Dritte ergibt, nach deutschem Prinzip aufgehoben, wo nur dann volle Dinglichkeit des Pfandrechts gegeben ist, wenn die Pfandsache in die Gewere des Pfandgläubigers übergegangen ist[243]. Nur für den Fall wird im deutschen Recht eine Ausnahme gemacht, wenn die Verpfändung durch Registereintragung geschieht[244]. Von einer solchen Art der Verpfandung ist aber in der Freiburger Stelle nicht die Rede. Unter der „verschribung" ist m. E. ein privatrechtlicher Pfandvertrag, keinesfalls aber eine Registereintragung zu verstehen. Die Stelle ist also römischen Ursprungs. Bezüglich der Bestimmung über die Bestellung eines Faustpfandes ist es hier schwierig zu entscheiden, ob es sich um eine den Digesten entnommene Stelle handelt. Ich möchte das verneinen, trotzdem auch in den Digesten beide Arten der Pfandbestellung nebeneinander genannt werden[245]. Dort haben sie aber beide gleichwertig dingliche Wirkung, während im Freiburger Recht das Faustpfand so stark bevorzugt wird, daß es seinem Autor, Ulrich Zasius[246] (1461–1535), viel näher gelegen haben muß als die Hypothek. Diese Stelle enthält sowohl die deutsche Überlieferung des Faustpfandes als auch das neurezipierte römische Recht. Eine Zusammenfassung dieser beiden Elemente liegt m. E. in den Stellen vor, wo dem Faustpfand in irgendeiner Weise eine stärkere Wirkung als der Hypothek gegeben wird. — Das Bayrische Landrecht von 1518 bestimmt[247]: „Wo zwen oder mer zu krieg komen, vmb Pfandtschafft, die jne

---

[242] Ähnlich Solms 1571: XIV 1, so auch zitiert Gierke, S. 964, Anm. 42.
[243] Stobbe-Lehmann: II 2, S. 307; Roth II, S. 717; Albrecht, S. 132/33.
[244] H. Meyer: Neuere Satzung, S. 76 ff. v. Meibom, S. 442.
[245] D XIII 7, 1.
[246] Stintzing: Ulrich Zasius, S. 5 und S. 296.
[247] Bayern 1518: III 29, 4.

mit dem rechten eingeanntwurt sind, der jr kainer bey nutz vnd gewer ist, haben sy brief darumb, so sol der vorgeen, der die elltern brief hat, haben aber jr ettlich brief vnd die anndern nit, so mag der, so nit brief hat, nit weysen, das jm das pfannd vorm.alz, vnd ehe dann dem oder dem die brief darumb haben, mit recht eingeanntwort sey, dan mit dem richter oder dreyen Mannen, oder wo er die nit gehaben mag, mit zwayen, doch das vnndter denselben zwayen, der ambtman ainer sey, die da mit jme schwören, das jne solhs kundt vnnd wissend seye. — Wäre aber ainem ain gult zu pfanndt versetzt vnnd het das bey seinem hannden, der geet, dem vor, der allain brief vnd sygl, aber das pfanndt nit jnn hat". Es handelt sich hier um die Reihenfolge der Befriedigung bei mehreren Pfandrechten an einer Sache. Es werden verschiedene Fälle aufgezählt: Erstens: beide Gläubiger haben ein Pfandrecht, das hypothekarisch durch schriftlichen Vertrag entstanden ist; dann geht das ältere Pfandrecht dem jüngeren vor. Zweitens: beide Pfandrechte sind als Hypothek bestellt, aber nur einer von den Gläubigern hat einen schriftlichen Pfandvertrag: dann muß der Gläubiger, der keinen schriftlichen Vertrag hat, mit Zeugen beweisen, daß sein Pfandrecht älter ist: nur wenn er das kann, geht sein Pfandrecht dem schriftlich bestellten Pfandrecht vor. Drittens: die eine Pfandbestellung geschieht durch Faustpfand, die andere durch schriftlichen Pfandvertrag ohne Übergabe: dann wird ohne Rücksicht auf das Alter der Pfandrechte der Inhaber des Faustpfandes zuerst befriedigt. Die Pfandbestellung ist also als Hypothek und als Faustpfand möglich. Bei der Befriedigung der Forderungen, für die die Pfandrechte bestellt sind, geht die Forderung immer vor, für die ein Faustpfand gegeben worden ist. Römische und deutsche Prinzipien haben sich gemischt, wobei dem deutschen Faustpfand eine stärkere Wirkung gegeben ist, die sich hier ebenso wie im Freiburger Recht von 1520 auf die stärkere Dinglichkeit bezieht. — Im Bayrischen Landrecht von 1657 ist von einer hypothekarischen Verpfändung ausdrücklich nicht die Rede, ausführlich wird über das Faustpfand gesprochen[248]: „So dass jemand ein liegend oder fahrend Gut Pfandsweiss zugestellt vnd eingeraumet worden, ist er als Schuldherr vnd dess Pfands Inhaber schuldig, solches als sein aigen Guet fleissig zuverwahren. . .". Aus diesem Artikel sehen wir, daß eine Pfandbestellung durch Besitzübertragung möglich ist. Ob die Pfandbestellung nur als Faustpfand möglich ist, ist nicht ersichtlich. Ich möchte es aber annehmen, da sich im Bayrischen Landrecht von 1657 nur Regelungen finden, die sich auf eine Pfandbestellung durch Besitzübertragung beziehen. — Dagegen kennt das Bayrische Landrecht von

[248] Bayern 1657: I 17, 5.

1756[249] eine Mobiliarhypothek[250]: „. . . Ist das verpfändete Gut wirklich ausgeantwortet, so wird es, gleichviel, ob dasselbe beweglich oder unbeweglich ist, Faustpfand genannt, geschieht diess aber mittelst bloßer Verschreibung, ohne Aushändigung, so wird das Unterpfand Hypothek genannt". Hier wird die Möglichkeit gegeben, ein Pfandrecht als Hypothek durch Verschreibung[252] oder durch Übergabe als Faustpfand zu bestellen. Daß der Besitz an der Sache nicht durch die Verschreibung, sondern durch wirkliche Übergabe auf den Gläubiger übergeht, wird ausdrücklich gesagt[251]: „. . . Endlich geht der Besitz des Pfandes durch die bloße Verschreibung, solange die wirkliche Eredratition nicht erfolgt ist, auf seiten des Schuldners keineswegs verloren". Über eine verschiedenartige dingliche Wirkung der beiden Arten der Pfandbestellung wird nichts gesagt. — Im Württemberger Landrecht von 1610 heißt es[254]: „Welchem fahrende Haab (als Silbergeschirr. . .) sonderlich zu Vnderpfanden eingesetzt, der mag es zuhanden vnd in sein Gewarsam in nemmen. Ob er es aber gleich nicht thete, vnd doch durch Verschreibungen oder andere glaubhaffte Beweisungen darthun könnte, dass jhme solche Haab verpfändt, ist er nichts desto weniger diser Einsatzung, gegen ander gemeinen Glaubigern sich zubehelfen befügt". Faustpfand und Hypothek werden gleichwertig gegenübergestellt[255]. Das Faustpfand wird nicht bevorzugt. Der Einfluß des römischen Rechts ist also deutlich[255a]. — In der Niederösterreichischen Landordnung heißt es[256]: „Es können dergleichen willkürliche versicherungen auf dreierlei weis beschehen: 1.) wann einem vahrende oder ligende gueter zum unterpfand allein verschrieben, 2.) vahrende gueter bis zur erfolgenden bezalung innen zu behalten ausgehendigt". Die Verpfändung kann durch Privatverschreibung oder durch Übergabe der Sache geschehen. Ebenso wie im Württemberger Landrecht haben Faustpfand und Hypothek hier die gleiche dingliche Wirkung und werden auch hinsichtlich der Befriedigung der Gläubiger gleichwertig behandelt. Auch diese Stelle entstammt dem römischen Recht. — Eine Bevorzugung des Faustpfandes bestimmen die Baseler Statuten von 1719[257]: „Welchem fahrende Haab als Silbergeschirr . . . und dergleichen in specie zum Unterpfand eingesetzt und verschrieben, die kan er zu Handen und in sein Gewahrsame nehmen: ob

[249] Hedemann, II, 2, S. 6, zitiert 1753.
[250] Bayern 1756: XII, 189.
[251] Bayern 1756: XII, 191.
[252] Ebenso Oberlingen 1520: § 37.
[254] Württemberg 1610: II 7, 1.
[255] Ebenso Augsburg 1718: II 1, eingeschränkt, dann in Augsburg 1778: 13,7.
[255a] Ähnlich Bozen 1648—1787: § 63, Abs. 3.
[256] Niederösterreich 1651—1655; II 16,2.
[257] Basel 1719: II 5, 349. Ähnlich Oberlingen 1520: § 38.

er es aber nicht thäte und doch durch Verschreibung oder andere glaubhaffte Beweisung, darthun und zeigen könnte, dass ihme solche Haab verpfändet; ist er nichts desto weniger dieser Einsatzung gegen andere Gläubiger sich zu behelffen, befügt". Bei der Hypothek wird besonders darauf hingewiesen, daß sie nur dann befriedigt wird, wenn das Pfandrecht bewiesen werden kann. Den Gläubigern wird empfohlen, die Forderung durch ein Faustpfand zu sichern[258]: „Einem jeden aber wird obgelegen seyn, sich wegen der ihme verschriebenen Fahrnuss bestmöglichen zu praecavieren, dann wann der Schuldner von der verpfändeten Fahrnuss, so ihme in Handen gelassen worden, etwas oder alles entäussert oder verkaufft, ist die Gefahr des Gläubigers so getrauet und kan an den Besitzer derentwegen kein Ansprach machen". Hieraus ergibt sich, daß der Gläubiger gegen einen Dritterwerber, dem die Sache vom Schuldner veräußert wird, keinen Anspruch auf Herausgabe hat, wenn er den Besitz an der Pfandsache dem Schuldner überlassen hat. Die Hypothek ist demnach auch hier in ihrer dinglichen Wirkung beschränkt. Diese Beschränkung entspricht dem germanischen Grundsatz „Hand wahre Hand". Aus dieser nicht gleichwertigen Beurteilung der dinglichen Wirkung der Hypothek im Vergleich zu der des Faustpfandes ergibt sich, daß das Faustpfand dem deutschen, die Hypothek dem römischen Recht entnommen ist.

Westdeutschland. Die Frankfurter Reformationen von 1509 und 1578 stimmen hinsichtlich der Pfandbestellung in der Regelung annähernd überein. Dagegen sind in der Terminologie große Unterschiede zu verzeichnen. Die Reformation von 1578 ist in Gliederung und Sprache bei weitem klarer als die von 1509. Außerdem verwendet sie mehr römischrechtliche Ausdrücke. Die Reformation von 1509 sagt über die Pfandbestellung ohne Besitzübertragung[259]: „Wo aber der besess des pfants blybt by dem schuldener, als in insetzen beide(r) fahrende habe und ligende gütter, und der glaubiger der schult nachclagen und der antwurten sich erbieten würde, dem cleger solche ingesetzten gütter für die hauptsommen folgen zu lassen oder zuzustellen, solchs mag der cleger annemmen, ob er will, oder aber sein personliche clag gegen in gepruchen". Über die Form, in der die Pfandbestellung zu geschehen hat, sagt die Reformation wie folgt[260]: „Wo aber yemants sein farende habe ganz oder zum teil insetzen wil, soliche insatz soll geschehen von zweyen richtern, und die ursachen warumb (sollen) ussgedruckt und in denselben brief inserirt und geschrieben werden. Welichen insatz auch der richter zum förderlichsten one verzug unserm gerichtsschryber angeben und inschryben und des den partyen ein brief under irer beyder

258 Basel 1719: II 5,350.
259 Frankfurt 1509 (Beyerle): 31 Abs. 10.
260 Frankfurt 1509 (Beyerle): 31 Abs. 4.

ingesigel machen lassen sollen uff forme, wie hernach folget". Aus Absatz 10 geht hervor, daß die Reformation eine Pfandbestellung ohne Besitzübertragung kennt. Über eine Pfandbestellung als Faustpfand wird nichts gesagt, aber die vorherigen Absätze[261] können sich nur auf ein Faustpfand beziehen (z. B. der Verfall des Pfandes). Das wird bestätigt dadurch, daß sich Absatz 10 durch den Anfang „wo aber . . ." in deutlichen Gegensatz zu den vorhergehenden Bestimmungen setzt. In Absatz 4 wird die Form der Pfandbestellung bestimmt: Sie soll vor dem Richter geschehen. Diese Vorschrift bezieht sich m. E. auf die Pfandbestellung als Hypothek[262]. Die römische Art der Pfandbestellung wird dadurch abgeschwächt, daß die Bestellung vor dem Richter zu geschehen hat. Der römische Grundsatz der Formlosigkeit wird durchbrochen. Somit haben wir eine Vermengung von römischem und deutschem Rechtsgut[263]. Das Gleiche zeigt sich in der Reformation von 1578[264]: „Soviel nun ernstlich betrifft die Pfandt beweglicher Güter oder fahrende Haab, da geschicht dieselbig auff zweyerley Weiss: Die eine wann das Pfandt zu Versicherung der Schuldt, dem Schuldherrn biss zu völliger seiner Bezahlung inn zu behalten, würklich zugestellt und eingeantwort wird, im Latein Pignus genannt: Die ander, wann die Pfande bey dem Schuldtmann bleiben, und dem Schuldtherr nicht eigenhändig gemacht, sondern schrifftlich durch ein Erkanntnuss, beyde der Schuldt, und der Pfandtschaft, verpfändet, verlegt, und daher Hypotheca genannt werden". Die Pfandbestellung kann also sowohl als Faustpfand als auch als Hypothek geschehen[265]. Für beide Arten der Pfandbestellung gilt[266]: „Da nun jemandt in unserer Statt seine Fahrende Haab gantz, oder zum theil, einem anderen auff jetzt gemeldte Weiss einsetzen will: Solcher Insatz, soll geschehen vor zweyen unsern geschworenen Richtern mit Benennung der Umbstande". Auf folgende Weisen können Hypotheken bestellt werden[267]: „Weiter betreffend die Hypothecas, das ist, solche Pfandtschafften, so nicht urhatlich und würklich, sondern allein schrifftlich, als vermittelst einer glaubwürdigen Schuldt- und Pfandtverschreibung oder vor Notaren und Zeugen, oder zweyen Richter, oder vor unserm Burgermeister (. . .) geschehen, und nicht destoweniger der Schuldtmann solche verschriebenen Pfande in seinem Possess und Gebrauch behelt". Hier wird es deutlich, daß in die römische

261 Frankfurt 1509 (Beyerle): 31 Abs. 8 und 9.
262 Gierke, S. 964; Stobbe-Lehmann, II, 2, S. 314.
263 Frankfurt 1578: II 17,2.
264 Ähnlich Mainz 1643: XIX 3.
265 So auch Gierke, S. 966, Anm. 53.
266 Frankfurt 1578: II 17,14.
267 Frankfurt 1578: II 17,12. So auch zitiert Gierke, S. 964, Anm. 42; Stobbe-Lehmann, II,2, S. 314, Anm. 37.

Pfandbestellung deutsche Elemente eingedrungen sind. Eine völlig formlose Bestellung der Hypothek ist verboten. Nur durch Pfandverschreibungen oder vor Zeugen kann die Pfandbestellung geschehen. Dadurch soll einerseits dem Schuldner Schutz gewährt werden insofern, als nur der ein Pfandrecht wirksam geltend machen kann, der eine solche Verschreibung hat oder dessen Pfandrecht sich durch Zeugen leicht beweisen läßt. Andererseits soll durch die Bestellung vor dem Richter auch eine gewisse Öffentlichkeit erzielt werden. Es ergibt sich also, daß diese Stelle vorwiegend römische, aber auch deutsche Elemente enthält. — Die Katzenellenbogener Landordnung sieht vor[268]: „. . . das ist diejenige, welche gewisse Unterpfand haben und zu Latien Creditores hypothecarii genannt werden, . . . so hat es bey denselben diese gemeine Regul, dass derjenige, welcher eine offene Pfand-Verschreibung hat, einem anderen, da nur eine Pfand-Verschreibung unter des Schuldners Hand und Siegel vorzulegen hat, in concursu creditorum, vorgezogen wird". Aus dieser Stelle geht einmal hervor, daß eine hypothekarische Bestellung möglich ist, ferner daß die öffentliche Bestellung, d. h. eine Bestellung durch eine Pfandverschreibung vor Gericht stärkere Kraft als eine Pfandbestellung durch private Urkunde hat[269]. Das deutsche Rechtsprinzip hat demnach Einfluß gewonnen. — Diese Beobachtung ist auch im Trierer Landrecht von 1731 zu machen[270]: „Es pflegen gemeiniglich die Gläubiger zu ihrer mehrerer Versicherung durch Verpfändung der Güter sich vorzusehen; es giebt aber darbey die tägliche Erfahrnuss, daß auss Bedürftigkeit, auch Listigkeit, des Schuldigers öffters ein Gut zweyen oder mehr Creditoren zum Unterpfand gesetzt zu seyn sich befinde, und indeme einer mit gerichtlicher, der andere vor Notario und Zeugen, und der dritte von den Debitoren, oder auff andere Weiss aufgerichtete Verschreibungen versehen . . . welchen Betrug so viel als möglich zu verhüten, ordnen und wollen Wir hiermit," . . . „Dass in künftig zu den gerichtlichen Verpfändungen und dadurch erlangen den Vorzug erforder seyn solle, dass selbige vor Gericht . . . gefertiget"[271]. Gierke[272] zitiert den Anfang dieser Stelle (Trier 1731: XIII 1) für die Tatsache, daß das jüngere Faustpfand der älteren Hypothek vorgeht. Das muß ein Irrtum sein. Hier wird nur davon gesprochen, daß für die Verpfändung ohne Besitzübertragung — die früher durch einfache Verschreibung geschehen konnte — jetzt Mitwirken des Gerichts er-

268 Katzenellenbogen 1616: XIV, 1.
269 Was eine öffentliche Pfandverschreibung ist, sagt Katzenellenbogen 1616: XIV, 2.
270 Trier 1731: XIII, 1.
271 Trier 1731: XIII, 2.
272 Gierke, S. 964, Anm. 40.

forderlich ist. Daß sich diese Bestimmung auch auf Fahrnis erstreckt, geht aus einer anderen Stelle hervor[273]: „Was in obigen § 2 von den gerichtlichen Verpfändungen liegender Güther gemeldet, kann sich auch auff Verpfändung der Mobilien verstehen, dergestalt jedannoch, dass da einer seine Mobilia oder Obligationes außer Gericht, und bevor selbige gerichtlich verschrieben worden: einem der unterpfändet, auch würklich zu Handen und verwahr gestellet, solche extra iuditial erstere Verpfändung der folgenden iuditiali vorzuziehen wäre". Es ergibt sich also, daß Fahrnis sowohl als Faustpfand als auch als Hypothek bestellt werden kann. Das Kurhessische Rechtsbuch von 1855[275] hat ebenfalls noch eine römischrechtliche Regelung[274]: „Der Pfandvertrag gewährt dem Gläubiger ein Pfandrecht, d. h. das Recht, sich nöthigenfalls durch den Verkauf der als Pfand gegebenen Sache für eine Forderung bezahlt zu machen. Soll nach getroffener Vereinbarung die verpfändete Sache vorerst im Besitz des Verpfänders bleiben, so hat der Pfandvertrag außer der Erschaffung des Pfandrechts, welches alsdann Hypothek genannt wird, keine weiteren Wirkungen. Erhält dagegen der Gläubiger zur größeren Sicherheit auch den Besitz des Pfandes übertragen – Faustpfand –, so übernimmt er damit die Verpflichtung . . . sobald er befriedigt ist, es mit den gezogenen Früchten an den Verpfander wieder herauszugeben". Das Pfandrecht kann auch ohne Übergabe der Sache bestellt werden. Als Gegensatz zur Hypothek ist beim Faustpfand herausgearbeitet, daß der Pfandglaubiger Verwahrungspflichten hat und kein Zurückbehaltungsrecht für nichtkonnexe Forderungen. Über eine verschiedenartige Starke der Dinglichkeit ist nichts gesagt. Es ist also anzunehmen, daß beide Arten der Bestellung die gleiche dingliche Wirkung haben. Demnach wäre die Regelung im Hessischen Rechtsbuch von 1855 ganz römischrechtlich. Das ist umso erstaunlicher, als sich im 19. Jahrhundert das deutschrechtliche Prinzip im Pfandrecht wieder durchsetzte[276]. In Hessen war das erst 1858[277], und dann besonders 1873[278] der Fall. So bestimmt das Gesetz von 1873[279]: „Die Bestellung einer Hypothek am ganzen Vermogen, sowie die Bestellung einer Hypothek an beweglichen Sachen einschließlich der Forderungen, ist fortan unzulässig". Die Mobiliarhypothek wird also verboten,

---

273 Trier 1731: XIII, 21.

274 Hessen 1855: § 398.

275 Das Kurhessische Rechtsbuch wurde von Klaubold geschrieben, um dem hessischen Volk Gelegenheit zu geben, sich auch ohne einen Juristen in Rechtsfragen grundlich zu orientieren. (Klaubold, Kurhessisches Rechtsbuch, Einleitung).

276 Gierke, S. 964.

277 Gierke, S. 964, Anm. 46.

278 Holzapfel, S. 2.

279 Hessen 1873 (Holzapfel): § 12.

erst 1873 ist der Sieg des deutschen Pfandrechts in Hessen vollendet.

II. Die deutschrechtliche Pfandbestellung.

In den Gesetzen, die hinsichtlich des Endes des Pfandrechts römisches Rechtsgut[280] enthalten, gibt es einige, die die Pfandbestellung nach Maßgabe des Publizitätsprinzips regeln.

1.) Die ältere Satzung.

Norddeutschland. Das Preußische Allgemeine Landrecht regelt die Pfandbestellung in Form des Faustpfandes[281]: „Zur Einräumung eines Pfandrechts selbst aber ist, bei beweglichen Sachen, die bloße Übergabe ohne weitere besondere Form hinreichend". Über die Form der Übergabe wird gesagt[282]: „Die Übergabe des Pfandes muß in der Regel so geschehen, daß die Sache in die körperliche Gewahrsam des Gläubigers wirklich gelange und darin verbleibe". Die Pfandsache muß also nicht nur dem Gläubiger übergeben, sondern auch von ihm im Besitz behalten werden.

Süddeutschland. Das Bayrische Landrecht von 1657 trifft folgende Regelung[283]: „So daß jemand ein liegend oder fahrend Gut Pfandsweiss zugestellt vnd eingeraumet worden, ist er als Schuldherr vnd dess Pfands Inhaber schuldig, solches als sein aigen Guet fleissig zu verwahren [Abs. I]. . . . So aber fahrende Haab versetzt, hat der Glaubiger dieselbe gar nit anzugreifen, noch zugebrauchen, sondern sich desselben brauchs bey Straff zu enthalten [Abs. II]". Es zeigt sich, daß einmal dem Gläubiger eine Pflicht zur Verwahrung der Pfandsache auferlegt wird (Abs. I) und zum anderen ihm die Nutzung der Pfandsache verboten wird (Abs. II). Für beide Bestimmungen ist Voraussetzung, daß der Gläubiger die Sache im Besitz behält. Da der Gläubiger die Pfandsache wie sein eigenes Gut zu verwahren hat, haftet er also für diligentia quam in suis[284].

Westdeutschland. Auch das Pfälzer Landrecht von 1582 gestattet nur eine Verpfändung durch Gewereübertragung[285]: „So dann jemand ein ligend oder fahrend Gut Pfandweiss zugestellt und eingeraumbt worden, ist er, als Schuld-Herr und des Pfands-Inhaber schuldig, solch als sein eigen Gut fleissig zu verfahren. . ." Und weiter[286]: „So aber fahrend

280 siehe S. 47 ff.
281 Preußen 1794: I 20,94.
282 Preußen 1794: I 20,104. So auch zitiert Gengler, S. 247, Anm. 1.
283 Bayern 1657: I 17,5.
284 Heute haftet der Pfandgläubiger für jede Fährlässigkeit. § 1215 BGB. in Verbdg. mit § 276 BGB. So auch Biermann zu § 1215 Anm. 2.
285 Pfalz 1582: XIV 5 Abs. 1.
286 Pfalz 1582: XIV 5 Abs. 2.

Haab versetzt, hat der Gläubiger dieselbe gar nicht anzugreiffen, noch zu gebrauchen, sondern sich desselben Brauchs bey Straff zu enthalten". Auch hier haben wir Bestimmungen über Verwahrungspflicht und Nutzung der Pfandsache seitens des Pfandgläubigers[287], die darauf schließen lassen, daß die Pfandbestellung durch Besitzübertragung erfolgen muß.

2.) Die symbolische Verpfändung.

Die Bestellung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen kann in manchen neueren Rechten auch so vor sich gehen, daß nicht die ganze Pfandsache, sondern nur ein Teil derselben als „Symbol", wie es dann genannt wird[288], übergeben wird. Diese Art der Pfandbestellung kennt das mittelalterliche deutsche Recht nur bei Grundstücken[289]. Im Allgemeinen Landrecht wird sie auch für Fahrnis eingeführt, dort heißt es[290]: „Verpfändung durch symbolische Übergabe findet nur bei Sachen statt, wo entweder die Natur des Gegenstandes keine eigentliche körperliche Übergabe zuläßt oder wo die Gesetze die Parteien ausdrücklich davon dispensieren". Die Publizitätswirkung des Symboles wird besonders hervorgehoben[291]: „Aber auch bei solchen Sachen kann die Verpfändung ohne körperliche Übergabe nur insofern mit rechtlicher Wirkung erfolgen, als ihr Besitz auf den Pfandgläubiger durch solche Zeichen übertragen werden kann, aus welchen diese mit dem Besitz vorgefallene Veränderung auch für andere außer den kontrahierenden Parteien ersichtlich ist". — „Es müssen aber auch noch außerdem zwischen dem Verpfänder und Pfandgläubiger solche Maassregeln genommen werden, daß kein Dritter, ohne eigenes grobes Versehen, verleitet werden könne, zu glauben, als ob dem Verpfänder über die Sache und deren Besitz annoch die freie Disposition zustehe"[292]. Der Zweck der Publizitat als Schutz Dritter wird hier ganz klar. Die Pfandbestellung durch Symbol ist möglich, wird aber in zwei Richtungen stark beschrankt, einmal können nur eine gewisse Art von Sachen durch symbolische Übergabe verpfandet werden; und zum anderen muß die symbolische Übergabe die gleiche Publizitatswirkung haben wie eine Verpfandung durch Besitzubertragung. Das Österreichische Gesetzbuch bestimmt[293]: „Bei Verpfän-

---

287 So auch Baden vor 1710: IV 16,6. Bayern 1657: I 17,9.
288 Preußen 1794: I 20,271.
289 Koburg 1381: XIX, 1 c.
290 Preußen 1794: I 20,271.
291 Preußen 1794: I 20,272.
292 Preußen 1794: I 20,274.
293 Österreich 1811: § 452.
So auch Wellspacher: Vertrauen, S. 143.

dung derjenigen beweglichen Sachen, welche keine körperliche Übergabe von Hand zu Hand zulassen, muß man sich, wie bei der Übertragung, des Eigentums, solcher Zeichen bedienen, woraus jeder Mann die Verpfändung leicht erfahren kann. Wer diese Vorsicht unterlässt, haftet für die nachteiligen Folgen". Die Verpfändung von Fahrnis kann also durch Zeichen vor sich gehen. Diese müssen aber so beschaffen sein, daß jeder Dritte daraus die Verpfändung ersehen kann. Dem Prinzip der Offenkundigkeit wird also Genüge getan.

Daß die Verpfändung durch Symbol im Allgemeinen Landrecht und im Österreichischen Gesetzbuch auch für Fahrnis gestattet wird, ist daraus zu erklären, daß durch den Einfluß des römischen Rechts die Grundsätze des germanischen Rechts hinsichtlich des Pfandrechts in vielen Gesetzen durchbrochen werden, am stärksten durch die Einführung der Mobiliarhypothek. Daraus ergibt sich eine allgemeine Auflockerung der strengen germanischen Regeln. Das heißt nicht, daß diese Regeln in allen Fällen ganz durchbrochen werden, vielmehr werden sie nicht mehr so streng angewandt wie im mittelalterlichen deutschen Recht. Deshalb gestattet man im Allgemeinen Landrecht und im Österreichischen Gesetzbuch die symbolische Verpfändung auch für die Fahrnis, weil sie auch eine leichtere Kreditbeschaffung möglich macht, aber nicht so „geheim" ist wie die römische Hypothek; denn ein Dritter kann ja, wenn auch mit einiger Mühe, die Verpfändung der Sache erkennen. Trotzdem genügt die symbolische Übergabe bei Fahrnis grundsätzlich nicht den strengen germanischen Anforderungen an die Offenkundigkeit, wie sie z. B. das Faustpfand stellt. Deshalb fordert man die Offenkundigkeit der symbolischen Verpfändung ausdrücklich gesetzlich. Man läßt die symbolische Verpfändung bestehen, gibt ihr aber genauere Richtlinien, die dem deutschen Publizitätsprinzip entsprechen.

§ 9: Das Ende des Pfandrechts: Der freiwillige Besitzverlust

Im römischen Recht geht das Pfandrecht nur dann unter, wenn der Schuldner die Sache vom Gläubiger vorbehaltlos, d. h. mit ausdrücklicher oder stillschweigender Verzichtserklärung, zurückerhält[294]. Diese Konstruktion ist in manchen deutschen Gesetzen zu finden, die für die Pfandbestellung das Publizitätsprinzip haben. So bestimmt das Bayrische Landrecht von 1657[295]: „Ferners, so ein Glaubiger dem Schuldner sein Pfandt wider zustellet, mit ausdrücklicher vermeldung, dass er es jhme wider ledig vnd frey zustelle, oder sonsten der Zahlung halb wol trawe, wird das Pfandt auch

[294] C. VIII 25, 9; D. XIII 7, 3.
[295] Bayern 1657: I 19,3.

erledigt. Wo aber dise Zustellung dess Pfandts dergestalt geschehe, dass es verkaufft, vnd auss dem erlösten Gelt, oder sonst alsbald die bezahlung erfolgen solte, vnd die Bezahlung darauff nit geschehe, so bleibt das Pfandt in allwegen vnerledigt". Das Pfandrecht geht hier nicht deshalb unter, weil der Gläubiger dem Schuldner den Besitz an der Sache zurückgibt, sondern weil der Gläubiger auf sein Pfandrecht verzichtet. Das Erlöschen des Pfandrechts hängt demnach von dem Willen des Gläubigers ab und nicht — wie im deutschen Recht — von der nach außen hin kenntlichen, rein tatsächlichen Rechtslage. In Satz 2 des Artikels wird der Fall behandelt, daß der Schuldner die Sache vom Gläubiger zurückerhalten hat, um sie zu verkaufen und dem Gläubiger den Erlös zu geben. Dies tut der Schuldner aber nicht. Dann geht das Pfandrecht, trotzdem der Gläubiger die Sache freiwillig dem Schuldner übergeben hat, deshalb nicht unter, weil der Gläubiger die Sache dem Schuldner zur Verwertung und nicht zwecks Untergangs des Pfandrechts übergeben hat. Erst durch die Verwertung und die Übergabe des Erlöses an den Gläubiger sollte das Pfandrecht untergehen. Auch hier ist also der Wille des Gläubigers und nicht die tatsächliche Rechtslage für den Untergang des Pfandrechts entscheidend. — Das Bayrische Landrecht von 1756 bestimmt[296]: „Das Pfandrecht erlischt, wenn die Schuld durch Bezahlung oder in anderer Weise getilgt wird; durch ausdrückliche oder stillschweigende Erlassung des Pfandrechtes, z. B. wenn man ohne Vorbehalt das Unterpfand oder die Schuldurkunde zurückgibt". Auch hier hängt der Untergang vom Willen des Gläubigers ab, nämlich nur dann geht das Pfandrecht unter, wenn er dem Schuldner das Pfandrecht erläßt. Zum Erlaß ist aber eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung des Gläubigers, nicht nur die bloße Zurückgabe der Pfandsache, notwendig. — Das Pfalzer Landrecht von 1582 schreibt vor[297]: „Ferner so einige dem Schuldner sein Pfand wider zustellt, mit ausdrücklicher Vermeldung, dass er es ihme wider ledig und frey zustelle, oder sonsten der Zahlung halb wohl traue, wird das Pfand auch erledigt". Das Pfandrecht geht unter, weil der Gläubiger bei der Rückgabe der Pfandsache ausdrücklich auf sein Recht verzichtet hat. Es ist also zum Untergang des Pfandrechts nicht nur die Rückgabe der Pfandsache, sondern auch eine Willenserklärung des Pfandgläubigers notwendig.

Die im vorigen zitierten Stellen sprechen nur von freiwilligem Besitzverlust. Nur das Preußische Allgemeine

---

[296] Bayern 1756: XII 202.
[297] Pfalz 1582: XVIII 2.

Landrecht arbeitet den Unterschied zwischen den Folgen des unfreiwilligen und des freiwilligen Besitzverlustes klar heraus[298]: „Solange er [der Pfandgläubiger] sich dieses Besitzes nicht freywillig begeben hat, ist er befugt, das ihm entzogene Pfand von einem jeden, auch von dem Schuldner selbst, zurückzufordern". Allerdings wird dieses Recht des Pfandgläubigers soweit eingeschränkt, als auch das Recht des Pfandgläubigers gegen einen gutgläubigen Dritten eingeschränkt ist[299]: „Doch findet diese Rückforderung gegen einen dritten redlichen Besitzer nur unter eben den Umständen und Bestimmungen statt, unter welchen der Eigentümer seine Sache von einem solchen Besitzer vindizieren kann"[300]. Zurückfordern kann der Pfandgläubiger also die Sache insbesondere, wenn der redliche Besitzer die Sache unentgeltlich erhalten hat[301]. Bei unfreiwilligem Besitzverlust seitens des Pfandgläubigers geht das dingliche Recht also nicht unter. Anders ist es beim freiwilligen Besitzverlust[302]: „Wer sich des Besitzes der verpfändeten Sache freiwillig und ohne Vorbehalt entschlägt, der verliert sein Pfandrecht". Nach Koch[303] muß in der Rückgabe der Sache der Wille zum Ausdruck kommen, daß das Pfandrecht aufgegeben wird. Ebenso entscheidet das Obertribunal[304] in einem Urteil, in dem es sich um die teilweise Verpfändung einer Hypothekenforderung handelt. Das Hypothekendokument wird vom Pfandgläubiger zur Bildung einer Zweigurkunde herausgegeben. Der Gläubiger hat sein Pfandrecht nicht an der ganzen Pfandsache verloren, trotzdem er das ganze Dokument herausgibt, sondern nur an dem Teil der Pfandsache, der durch das nun abgezweigte Pfandrecht belastet war. Das Obertribunal stellt es nicht darauf ab, daß rein tatsächlich das Hypothekendokument als Verkörperung des Pfandrechts dem Schuldner übergeben worden ist, sondern der Verzichtswille muß zum Ausdruck kommen. Demnach ist I 20, 253 des Preußischen Allgemeinen Landrechts auf die römischen Bestimmungen über den freiwilligen Besitzverlust zurückzuführen. Es ergibt sich, daß bezüglich des freiwilligen Besitzverlustes manche Gesetze nach 1400 der römischen Auffassung Raum gegeben haben, daß in der Aufgabe des Besitzes ein ausdrücklicher oder stillschweigender Verzicht auf das Pfandrecht erklärt sein muß, um das Pfandrecht zum Erlöschen zu bringen.

---

298 Preußen 1794: I 20,118. So auch zitiert Gierke, S. 966, Anm. 56.
299 Preußen 1794: I 20,119. So auch zitiert Gierke, S. 966, Anm. 56.
300 So z. B. für abhanden gekommene Sachen des Eigentümers: Preußen 1794: I 15,25.
301 Preußen 1794: I 15,24.
302 Preußen 1794: I 20,253. So auch zitiert Gierke, S. 966, Anm. 54.
303 Koch, II, S. 828, Anm. 54.
304 Entscheidungen des Obertribunals 70,194/195.

Zweiter Teil.

Das Ergebnis der Untersuchung.

§ 10: Der Einfluß des römischen Rechts auf die Publizität des Pfandrechts in den einzelnen Partikularrechten.

Wie dargelegt, kommt die Publizität des Pfandrechts im deutschen Recht hauptsächlich darin zum Ausdruck, daß bei der Pfandbestellung die Gewere an der Sache auf den Pfandgläubiger übergehen muß. Das römische Recht kennt die Publizität nicht im gleichen Umfang wie das germanische. Beim Pfandrecht spielt sie keine Rolle. Denn weil der Besitz auf den Pfandgläubiger nicht übergehen muß, kann ein Dritter nicht erkennen, ob und in welcher Weise die Sache belastet ist. Daß der Besitz übertragen werden kann, ist deshalb nicht der Ausdruck eines Publizitätsprinzips, weil zum Wesen eines Grundsatzes gehört, daß regelmäßig danach gehandelt werden muß. Ob man aber im römischen Recht ein Pfandrecht als Pignus oder als Hypothek bestellt, ist ganz in das Belieben der Parteien gegeben. Als im Laufe des 15. Jahrhunderts das römische Recht rezipiert wurde, mußten sich nicht nur rein praktisch die Hypothek und das Faustpfand auseinandersetzen, sondern auch das Publizitätsprinzip des deutschen Rechts mit dem mangelnden Publizitätsprinzip des römischen Rechts. Das ist oben ausführlich geprüft worden. Es ist nunmehr zusammenfassend darzustellen, wie weit sich das Publizitätsprinzip vom römischen Recht hat zurückdrängen lassen.

I. Die Gesetze mit deutscher Pfandbestellung.

Von den untersuchten Gesetzen nach 1400 haben eine ganze Reihe die deutsche Pfandbestellung beibehalten, sei es als Faustpfand[305] oder sei es in Form der jüngeren Satzung[306]. Die Pfandbestellung geschieht durch Übergabe oder durch Eintragung in ein Register. Diese Gesetze haben also das Publizitätsprinzip beibehalten oder wiedergewonnen. Besonders zahlreich sind hierbei die Gesetze des 19. Jahrhunderts, die mit Ausnahme des Weimar-Eisenachischen Pfandgesetzes von 1839 und des Kurhessischen Rechtsbuches von 1855 die Pfandbestellung alle auf Grund des Publizitäts-

[305] z. B. Oberwinterthur 1472; Nürnberg 1473; Worms 1498; Billwerder 1498; Danzig 15. Jahrhundert; Leipzig 15. Jahrhundert; Nürnberg 1522; Pfeffers 1524; Pfalz 1582; Breslau 1588; Mainz 1643; Bayern 1657; Stralsund 1670; Lübeck 1586; Baden 1710; Wien 1719; Lüneburg 1722; Ostfriesland 1746; Rostock 1757; Preußen 1794.

[306] Koburg 1381; Böhmen 1565;

prinzips regeln[307]. Diese Gesetze haben die römischen Bestimmungen über die Pfandbestellung nicht aufgenommen und so das Publizitätsprinzip ohne Einschränkung anerkannt.

II. Die Gesetze, die die Hypothek aufgenommen haben.

Die Gesetze, die die Hypothek aufgenommen haben, haben deren Wirkung durch Vermischung mit deutschen Grundsätzen oder in anderer Weise eingeschränkt, so daß das Publizitätsprinzip doch Einfluß gehabt hat. Nun lassen sich folgende Gruppen bilden:

1.) Die Beschränkung der dinglichen Wirkung der Hypothek.

Die oben S. 40/41 zitierten Baseler Statuten von 1719 haben eine Pfandbestellung nach römischem Recht. Sie gestatten grundsätzlich die Hypothek an Fahrnis. Bezüglich der Dinglichkeit folgt das Gesetz aber dem deutschen Prinzip „Hand wahre Hand"[308]. Wenn der Schuldner die Sache veräußert, kann sich der Gläubiger nicht an den Erwerber halten[309]. Im römischen Recht kann der dinglich Berechtigte seine Sache von jedem herausverlangen. Aus diesem Grunde kann der Hypothekengläubiger die Pfandsache ohne Besorgnis im Besitz des Pfandschuldners lassen. Denn wenn dieser die Sache weiterveräußert, kann sich der Pfandgläubiger an jeden Besitzer auf Grund seines dinglichen Rechts halten[310]. Im deutschen Recht dagegen wirkt die Dinglichkeit eines Rechts nicht gegen den, dem die Sache vom Nichtberechtigten übertragen worden war, es sei denn, der Berechtigte hätte den Besitz an der Sache unfreiwillig verloren. In den Baseler Statuten wird der deutschrechtliche Begriff der Dinglichkeit auf die römische Hypothek insofern angewandt, als zwar durch die Hypothek ein dingliches Recht entsteht, aber dinglich nicht im römischen, sondern im germanischen Sinne: Der Pfandgläubiger kann die Sache von Dritten nicht herausverlangen, wenn der Pfandschuldner sie veräußert hat. Der Pfandgläubiger kann sich nur an den Pfandschuldner halten. Die Hypothek ist da-

---

307 Österreich 1811; Lübeck 1820; Württemberg 1825; Magdeburg nach 1837; Bremen 1848; Zürich 1851; Nassau 1855; Rudolstadt 1856; Sachsen 1863; Schaffhausen 1864; Hannover 1864; Koburg 1870; Oldenburg 1876; Braunschweig 1878; Schweiz 1881; Schweiz 1883; Anhalt 1870.

308 Hier findet der Grundsatz „Hand wahre Hand" in gleicher Weise Anwendung, wie oben, für die jüngere Satzung dargelegt ist.

309 So insbesondere: Ssp. II 60,1.

310 „Ubi rem meam invenio ibi vindico".

durch in ihrer Wirkung eingeschränkt, daß nicht der Begriff der Dinglichkeit auf sie angewandt wird, der ihr eigentümlich ist, sondern der des deutschen Rechts. Hinsichtlich der römischen Hypothek hat das Baseler Recht zwar nicht bei ihrer Bestellung, wohl aber in ihrer späteren Wirkung durch die Anwendung des Satzes „Hand wahre Hand" dem Publizitätsprinzip in gewisser Weise doch Geltung verschafft. Denn dem Dritten wird Schutz gewährt: er kann sich darauf verlassen, daß die nach außen erkennbare Rechtslage auch die wirkliche Rechtslage ist. Ist sie das nicht, treffen die Nachteile nicht ihn, sondern den Pfandgläubiger, in dessen Belieben es lag, das Pfandrecht so oder so zu gestalten. Deshalb warnen die Baseler Statuten in II 5,350 auch den Pfandgläubiger, das Pfandrecht als Hypothek zu bestellen. Dem Publizitätsprinzip wird also im Baseler Recht von 1719 ebenso wie im Freiburger Stadtrecht von 1520[311] und im Kurhessischen Rechtsbuch[312] von 1855 zwar nicht hinsichtlich der Pfandbestellung, wohl aber hinsichtlich der Wirkung des Pfandrechts gegen Dritte Geltung verschafft.

2.) Das Vorrecht des Faustpfands auch vor der älteren Hypothek.

Einige Gesetze geben dem Faustpfand den Vorrang vor der Hypothek. So heißt es im Bayrischen Landrecht von 1518[313]: „Wäre aber aine ain gult zu pfanndt versetzt, vnd hat das bey seinem hannden, der get, dem vor, der allain brief vnd sygl, aber das pfannd nit jnn hat". Das Faustpfand hat den Vorrang vor der Hypothek ohne Rücksicht auf das Alter[314]. Die Wirkung wird bezüglich ihrer Befriedigung beschränkt zugunsten des Pfandrechts, das nach dem Grundsatz der Öffentlichkeit bestellt worden ist. — Ebenso wie dem Faustpfand wird auch dem Pfandrecht, das durch jüngere Satzung bestellt worden ist, der Vorzug vor der Hypothek bezüglich der Befriedigung gegeben. Das Hamburger Recht von 1603 bestimmt[315]: „Wann wegen Vorzug der Gläubiger Streit vorfällt, so sol zuvorderst, was vor dem Rathe verlassen, und in das Stadtbuch verzeichnet worden, allen anderen Verpfändungen so nich vor dem Rathe beschehen und eingeschrieben, vorgezogen werden". Das Stadtbuch hat hier die gleiche Funktion wie das Pfandregister: Durch die Eintragung wird

---

311 Freiburg 1520: II 8, 1, siehe oben S. 37.
312 Hessen 1855: § 398, siehe oben S. 44.
313 Bayern 1518: III 29, 4, Abs. 2. Siehe oben S. 38.
314 Ebenso Koburg-Gotha 1670: I 18, 1, Abs. 9 a. E. Siehe oben S. 36; Danzig 1793: § 269. Siehe oben S. 35.
315 Hamburg 1603: II 5, 1. Siehe oben S. 34.

das Pfandrecht offenkundig. Da die jüngere Satzung eine stärkere Publizitätswirkung hat als die römische Hypothek, geht erstere der letzteren vor.

§ 11: Die zeitliche und räumliche Verbreitung des römischen Einflusses.

I. Die zeitliche Verbreitung[316].

Bezüglich der zeitlichen Ausdehnung des römischen Einflusses in den Partikularrechten muß man zwei Entwicklungsperioden unterscheiden: Den Zeitraum von 1400 bis 1800 (I. Periode) und den von 1800 bis 1900 (II. Periode). Von 92 untersuchten Gesetzen stammen 21 aus der Zeit vor 1400, 48 aus der ersten Periode; von diesen enthalten 23, also 47%, römisches Rechtsgut; 23 Gesetze stammen aus der zweiten Periode, von diesen sind 2, also 8,7%, römisch beeinflußt. Damit steht im Einklang, daß im 19. Jahrhundert ein Sturm gegen das römische Recht, insbesondere gegen die römische Hypothek, in der Literatur beginnt[317]. Thibaut fordert ein Recht, das jedem Bürger Gerechtigkeit gibt, damit der Bürger aus der Teilnahme an einzelnen Verhältnissen Liebe zum Ganzen bekommt[318]. Das könnte aber nie geschehen, wenn das bürgerliche Recht „als etwas fremdartiges aus Willkühr entstandenes das Volk ohne Theilnahme lässt". Und für etwas Fremdartiges hält Thibaut das gemeine-römische Recht[319]. Gegen das römische Pfandrecht wendet sich 1819 Hugo und sagt: „Die Entstehung dieses Rechts in seiner ganzen Strenge durch eine heimliche Handlung oder wohl gar ohne daß die Partheyen selbst darum wissen, ist etwas Fürchterliches"[320]. Hugo lobt dann das deutsche Recht, das gar keine Hypothek an Fahrnis anerkennt. Auch Bruns[321] wendet sich gegen das römische Pfandrecht und betont, daß es bedeutende Mängel habe. Diesem Gedanken im Schrifttum folgt die Gesetzgebung[323]. Hinsichtlich der Pfandbestellung hat sich das Faustpfand fast ausschließlich durchgesetzt. Doch bezüglich des Endes des Pfandrechts haben sich einige römische Vorschriften erhalten.

---

316 Siehe dazu die Karten im Anhang.
317 Hedemann, II, 2, S. 4.
318 Thibaut, S. 42.
319 Thibaut, S. 43.
320 Hugo, II, S. 379.
321 Bruns, in: Holtzendorff, S. 376.
323 Siehe Karte I und IV im Anhang.

II. Die räumliche Verbreitung.

Bei der Ausdehnung des römischen Rechts in den Partikularrechten bestehen auch räumliche Unterschiede.

Rechtsgebiet	untersuchte Gesetze	römisch beeinflußte	%
Ostdeutschland	4	0	0,0
Norddeutschland	18	3	16,6
Mitteldeutschland	9	3	33,3
Süddeutschland	28	11	39,2
Westdeutschland	12	7	58,3
Insgesamt	71	24	33,8

Es ergibt sich, daß die Partikularrechte Westdeutschlands[324] und Süddeutschlands[325] dem römischen Recht am meisten unterlegen sind. Auszunehmen davon ist die Schweiz, bei der von 9 untersuchten Gesetzen nur eins, also 11%, römisch ist[326]. Der Grund dafür ist der, daß die Schweizer Gerichte dem Reichskammergericht als Berufungsinstanz nicht unterstanden haben[327]. — Daß in Süddeutschland und Westdeutschland die Partikularrechte dem römischen Recht so wenig Widerstand geboten haben, ist hauptsächlich daraus zu erklären, daß diesen Teilen Deutschlands ein einheitliches starkes Landrecht fehlte. Es war zwar im Schwabenspiegel und Deutschenspiegel versucht worden, ein gemeines Recht zu schaffen, das war aber gescheitert, und so waren Sud- und Westdeutschland rechtlich stark zerrissen. Dem eindringenden römischen Recht, das wissenschaftlich ausgebildet und logisch klar durchdacht war[328], konnte also nur wenig Widerstand entgegengesetzt werden. Deshalb drang das römische Recht in die Partikularrechte Sud- und Westdeutschlands weit stärker ein als in Nord- und Ostdeutschland.

Der geringe Einfluß des römischen Rechts auf die Gesetze Norddeutschlands und vor allem Ostdeutschlands hat aber noch einen anderen Grund. In Norddeutschland und Ostdeutschland wurde fast ganz allgemein nach Lübecker Recht und nach Magdeburger Stadtrecht[329] Recht gesprochen. Wel-

[324] Siehe besonders Karte I, und II im Anhang.
[325] Siehe besonders Karte I, II und III im Anhang.
[326] Siehe besonders Karte I im Anhang.
[327] Huber: Privatrecht, IV S. 120/21.
[328] v. Schwerin S. 234.
[329] Siehe besonders Koburg-Gotha 1670: I 18 1. Abs. 9, wo bei der Vorschrift über Verpfändung von Grundstücken ausdrücklich auf die „Landüblichen Sächsis. Rechten" hingewiesen wird. Dieses Recht ist entweder das Sächsische Landrecht oder das ebenfalls aus dem Sachsenspiegel entstandene Magdeburger Stadtrecht.

chen starken Einfluß das Lübecker Recht auf die Gesetze Norddeutschlands gehabt hat, geht aus der Stralsunder Gerichtsordnung von 1670 hervor[330]: „Obwohl in gemeinen beschriebenen Rechten erlaubet, daß ein Glaubiger, welchem Handhabende Pfande eingesetzt, untersuchet[331] der Gerichte, solche nah abgengenen Verwahrungen verkaufen moge, so ist doch nach Lübischen Rechten ein anderes üblich und hergebracht, dass nehmlich vor dem Gerichte da die Pfande auffgebohten, verfolget, verkaufft, und wann die Verkauffung erkandt, der Gläubiger gleich anderen zum Kauffe gelassen werden soll; Demnach lassen Wir es dabei bewenden". Die Gerichtsordnung setzt sich in einen bewußten Gegensatz zum gemeinen Recht, zum rezipierten Corpus Iuris. Das Gesetz stützt sich auf das Lübecker Recht, das ihm geistig weit näher steht als das römische Recht. Daraus ergibt sich einmal, daß Stralsund zum Lübecker Rechtskreis gehört hat[332]. — Durch den Sachsenspiegel war ein Recht geschaffen worden, das hauptsächlich in der Form des Magdeburger Stadtrechts für Ostdeutschlands die Bedeutung eines gemeinen Rechts erhalten hatte. Der Sachsenspiegel hatte in der Form des Magdeburger Stadtrechts den Osten Deutschlands rechtlich erst erschlossen[333]. Das eindringende römische Recht fand also in Norden und Osten ein starkes Recht vor, das den Bedürfnissen der damaligen Zeit vollauf genügte. Es hatte also eine viel schwerere Arbeit zu leisten, als in dem partikularrechtlich stark zerrissenen Süden und Westen. Weil der Norden und Osten rechtlich viel stärker zusammengeschlossen waren, hat er dem römischen Recht erfolgreichen Widerstand entgegensetzen können[334].

III. Ergebnis.

Für eine abschließende Betrachtung dessen, was aus dem Publizitätsprinzip des mittelalterlichen deutschen Rechts im Pfandrecht der Zeit zwischen 1400 und 1900 geworden ist, ist es notwendig, zwei Gruppen von Gesetzen zu unterscheiden: Die Gesetze, die vom Publizitätsprinzip des deutschen Rechts nicht abgewichen sind und die, die auch römisches Recht aufgenommen haben. Die erste Gruppe ist anfangs klein (Karte 2 und 3 im Anhang), bis sie im 19. Jahrhundert die

330 Stralsund 1670: XXXV 1.

331 Was „untersuchet" heißen soll, ist äußerst zweifelhaft. Leitet man es von „untersuchen" ab, gibt es keinen Sinn. Vielleicht ist die Formung auf einen Hörfehler des Druckers zurückzuführen und soll urspünglich „ohn Ersuchen" heißen.

332 Zu dem gleichen Ergebnis kommt v. Künßberg: Rechtssprachgeographie, S. 43 und Deckblatt Nr. 18.

333 Hirsch: Sachsenspiegel, Karte II, ergibt das deutlich.

334 Ähnlich begründet auch Schröder-v. Künßberg, S. 873.

andere Gruppe überwiegt (Karte 4 im Anhang). — Die andere Gruppe kennt die Publizität als Grundsatz nicht mehr; denn von diesem Grundsatz kann nicht gesprochen werden, wenn der Gesetzgeber es in das Belieben der Parteien stellt, auf welche Weise das Pfandrecht entstehen soll. Vielmehr hat in diesen Gesetzen die mittelalterliche deutsche Publizität nur zu gewissen Modifikationen des römischen Rechts geführt. Dazu wurden Bestimmungen herangezogen, die dem deutschen Recht entstammen und auf das Publizitätsprinzip zurückzuführen sind.

Faßt man beide Gruppen von Gesetzen zusammen, so kommt man zu dem Ergebnis, daß das Publizitätsprinzip in den Partikularrechten nach 1400 nie ganz zurückgedrangt, zum größeren Teil vielmehr siegreich über das römische Recht gewesen ist.

Anhang.

Karte I.

Karte der Stadtrechte von 1400 bis 1900.

Zahlen bedeuten: Gesetze mit rein deutschem Rechtsgut.

Rote Zahlen bedeuten: Gesetze mit römischem Rechtsgut.

Karte II.

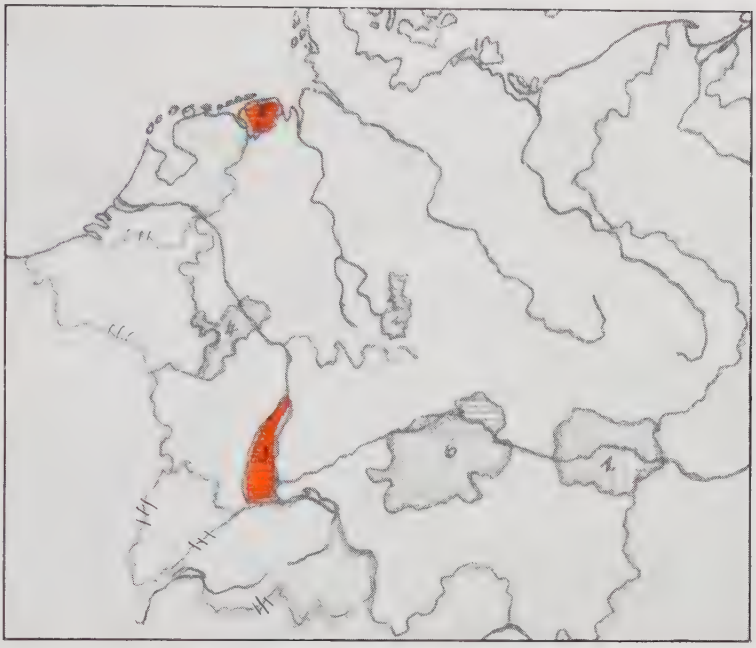
Karte der Landrechte von 1500—1648.

1. Bayern 1518 und 1657.
2. Rügen 1531.
3. Tirol 1532 und 1603.
4. Böhmen 1556.
5. Solms 1571.
6. Pfalz 1582.
7. Württemberg 1610.
8. Katzenellenbogen 1616.
9. Mainz 1643.

Erklärung der Zeichen:

———	Die Grenze Deutschlands 1547.
2, 3, 4	Landrechte, die nur deutsches Rechtsgut enthalten.
1, 5, 6, 7, 8, 9	Landrechte, die römisches und deutsches Rechtsgut enthalten.

Karte III.



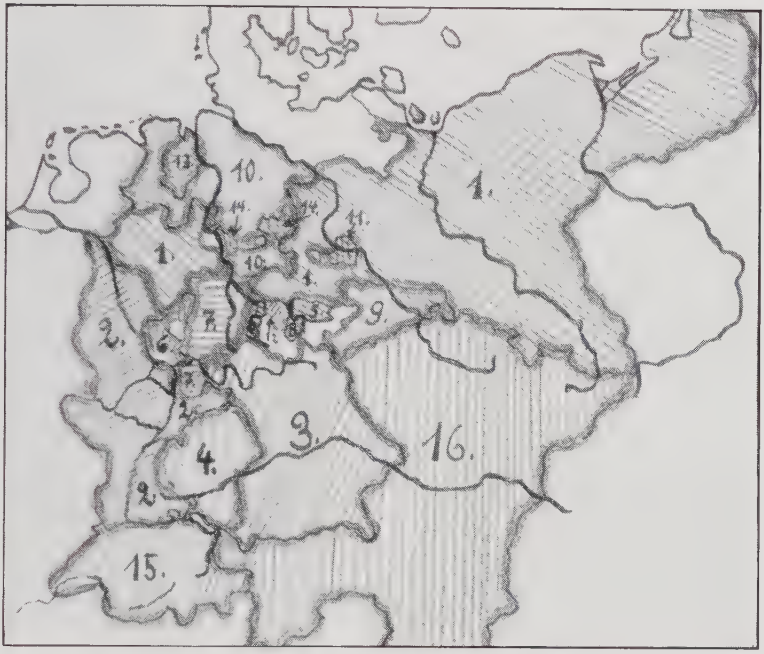
Karte der Landrechte 1648—1800.

1. Niederösterreich 1651—1655.
2. Koburg-Gotha 1670.
3. Baden 1710.
4. Trier 1713.
5. Ostfriesland 1746.
6. Bayern 1756.

Erklärung der Zeichen:

------///------	Ehemalige Grenze Deutschlands.
————	Grenze Deutschlands nach dem Westfälischen Frieden 1648.
1, 2, 4, 6	Landrechte, die römisches und deutsches Rechtsgut enthalten.
5, 3, (rosa)	Landrechte, die nur deutsches Rechtsgut enthalten.

Karte IV.



Karte der Landrechte 1800—1900 und Preußens von 1794.

1. Preußen 1794.
2. Code civil 1803.
3. Bayern 1822.
4. Württemberg 1825.
5. Weimar-Eisenach 1839.
6. Nassau 1851.
7. Hessen 1855.
8. Rudolstadt 1856.
9. Sachsen 1863.
10. Hannover 1864.
11. Anhalt 1870.
12. Koburg 1876.
13. Oldenburg 1876.
14. Braunschweig 1878.
15. Schweiz 1883.
16. Österreich 1811.

Erklärung der Zeichen:

äußere Grenze des behandelten Gebietes (Deutschland, Österreich, Schweiz).

2, 3, 4, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 Landrechte, die nur deutsches Rechtsgut enthalten.

1, 5, 7 Landrechte, die römisches und deutsches Rechtsgut enthalten.

LEBENSLAUF.

Am 28. Januar 1912 wurde ich als Tochter des Rechtsanwalts und Notars Dr. Hans Christoph Hirsch und seiner Ehefrau Klara geb. Hirsch in Halle a. S. geboren. In Halle und in der Hofbauerstiftung Hermannswerder bei Potsdam besuchte ich die Schulen und bestand Ostern 1932 die Reifeprüfung am Seydlitz-Oberlyzeum in Halle (Saale). Im Sommersemester 1932 studierte ich in Greifswald Philologie. Im Wintersemester 1932/33 wechselte ich dann in München zur Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät über und kam im Sommersemester 1933 nach Halle, wo ich nach dem 7. Semester mein Studium beendete.

Auch an dieser Stelle möchte ich Herrn Professor Schmidt für die Anregungen und die Unterstützung, die er mir für meine Arbeit in liebenswürdigster Weise zuteil werden ließ, danken.